



**LA PROTECCIÓN NACIONAL Y COMUNITARIA ANDINA DE LA LIBRE
COMPETENCIA ECONÓMICA: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DE LA
COLUSIÓN Y LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN**

PAOLA ARBOLEDA HIDALGO

JUAN SEBASTIAN RIVERA VILLA

Monografía presentada como requisito para optar al título de Abogados

ASESOR:

ÁNGELA MARÍA BEJARANO LÓPEZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
COLOMBIA
2018**

Contenido

I.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
II.	OBJETIVOS	10
III.	MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE.....	10
	a. Economía de Mercado y Libre Competencia.....	10
	b. Origen de las normas de protección de la libre competencia (Antitrust Law).....	13
	c. Fundamento de la libre competencia en Colombia. La Constitución económica:.....	14
IV.	LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA EN COLOMBIA Y LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES	22
	a. La libre competencia económica en Colombia. Marco normativo.	22
	b. La libre competencia en el derecho de la Comunidad Andina. La decisión 608.....	29
	c. Comparación entre regímenes.....	39
V.	DIFERENCIAS SUSTANCIALES Y NECESIDAD DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DISPOSICIONES INTERNAS Y COMUNITARIAS ANDINAS.....	57
VI.	FUENTES	65

“LA PROTECCIÓN NACIONAL Y COMUNITARIA ANDINA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DE LA COLUSIÓN Y LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN”

“cada política es buena para unas personas y mala para otras, por lo que debe especificarse cuidadosamente a quién beneficiará y a quién perjudicará”.

JOSEPH STIGLITZ (2000)

Palabras clave: derecho de la competencia; derecho constitucional; intervención del Estado; derecho y economía; regulación, normas comunitarias.

Key words: antitrust law; constitutional law; State economic intervention; law and economics; regulation.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia, especialmente durante los últimos años, ha venido librándose una particular batalla contra los denominados carteles empresariales¹. Por esa razón, ha sido una constante que los ciudadanos colombianos inicien la semana con noticias como estas:

En el sector azucarero:

El Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, mediante Resolución No 103652 del 30 de diciembre de 2015, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control para la protección del régimen de libre competencia económica y previa sesión y opinión del Consejo Asesor de Competencia, confirmó la sanción impuesta a **ASOCAÑA, CIAMSA,**

¹ En la actualidad la mayoría de los países del mundo, tienen un modelo de economía de mercado, uno de cuyos atributos principales se entiende que debe ser la libre competencia (Miranda, 2011, p.70)

DICSA, doce (12) INGENIOS AZUCAREROS y doce (12) ALTOS DIRECTIVOS del sector, por cartelización empresarial tras haber incurrido durante varios años en una conducta concertada, continuada y coordinada que tuvo por objeto obstruir o restringir importaciones de azúcar a Colombia procedente de países de Centro y Suramérica, tales como Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], s.f., párr. 7) (Negrillas propias).

En el sector de vigilancia privada:

Por violar la libre competencia económica en procesos de contratación pública, la Superindustria sancionó a 7 empresas del sector de la vigilancia y seguridad privada y a 17 altos directivos vinculados con estas, con multas que superan los \$26 mil millones de pesos. (...) La Superindustria encontró que las 7 empresas sancionadas, conformaron “de facto” o de hecho un Grupo empresarial denominado “Grupo SMG”, el cual es controlado por JORGE ARTURO MORENO OJEDA, por medio del cual manipularon a través de prácticas anticompetitivas, numerosos procesos de contratación estatal con diferentes entidades públicas. La práctica anticompetitiva sancionada por la Superindustria consistió en que las empresas simulaban ser competidoras independientes en las licitaciones públicas por un valor superior a los \$ 70 mil millones de pesos entre el 2009 y el 2012, cuando en realidad actuaban de forma coordinada, concertada y bajo la dirección de su controlante oculto JORGE ARTURO MORENO OJEDA, engañando a las distintas entidades públicas contratantes (SIC, s.f., párr. 1 & 4).

En el sector cementero:

Por cartelización empresarial para la fijación de los precios ex fábrica del cemento gris Portland Tipo 1 en el mercado nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio impone sanciones a ARGOS, CEMEX, HOLCIM y 6 altos directivos de estas empresas por un valor global superior a \$ 200 MIL millones

de pesos. La sanción impuesta por la Superindustria a las 3 más grandes cementeras que representan el 96% del mercado colombiano (ARGOS, CEMEX y HOLCIM), tiene como causa, la existencia de un acuerdo en la modalidad de paralelismo consciente para la fijación de los precios ex fábrica del cemento gris Portland Tipo 1 en el mercado nacional durante el período objeto de la investigación, es decir, entre enero de 2010 y diciembre de 2012 (3 años) (SIC, s.f., párr. 1 & 2).

En el sector de los pañales desechables:

Superintendencia de Industria y Comercio confirma las sanciones impuestas a TECNOQUÍMICAS, FAMILIA y KIMBERLY, por haber incurrido, durante más de una década (2001 - 2012), en actos ilegales de cartelización empresarial para fijar artificialmente el precio de los pañales desechables para bebé en el mercado colombiano. Las sanciones impuestas equivalen a las máximas sanciones previstas en la ley de competencia. La Superindustria también confirmó la sanción a 16 altos directivos de las 3 empresas sancionadas por haber participado en los actos de cartelización (SIC, s.f., párr. 1 & 2).

En el sector de los cuadernos:

La empresa Carvajal Educación S.A.S. y 12 de sus directivos tendrán que pagar a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) multas que sumadas contabilizan 16.342 millones de pesos, por acuerdos de restricción de la libre competencia en el sector de los cuadernos premium. La resolución 54.403, emitida el pasado 18 de agosto por la SIC, incluye además multas, por unos 43.000 millones de pesos, a las firmas Colombiana Kimberly Colpapel y Scribe Colombia (bajo el anterior dueño) y 12 directivos, pero fueron exoneradas por delatar y colaborar en la investigación (El Tiempo, 2016, párr. 1 & 2).

En el sector del papel higiénico:

Por cartelización empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio impone sanciones a KIMBERLY, FAMILIA, PAPELES NACIONALES y C. Y P. DEL R., al haber incurrido, durante más de una década (2000-2013), en una conducta concertada, continuada y coordinada para fijar artificialmente el precio de los papeles suaves en Colombia, sector integrado por 4 productos: papel higiénico; servilletas; toallas de cocina; y pañuelos para manos y cara. La Superintendencia de Industria y Comercio también sancionó a 21 altos directivos (funcionarios y ex funcionarios) de las 4 empresas cartelizadas por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia económica (SIC, s.f., párr. 1 & 2).

En el sector arrocero:

La Superindustria impuso a la ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA y a 4 altos directivos una multa superior a \$ 33.800 millones de pesos por haber influenciado los precios de venta de arroz blanco al consumidor final, lo cual implica una violación al régimen de libre competencia. La influenciación de los precios consistió en obligar a distribuidores y comercializadores de arroz blanco, a no trasladar al consumidor final los descuentos que les otorgaban MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, y de esa forma controlar artificialmente los precios de su arroz en Colombia. Para hacer que se cumplieran sus instrucciones respecto de la influenciación de los precios, MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA advertían represalias comerciales para distribuidores y comercializadores, tales como la terminación o suspensión de los suministros de arroz por un período de tiempo (SIC, s.f., párr. 1 - 3).

Esas situaciones, han llevado a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC en adelante), autoridad en materia de competencia² a plantear la necesidad de endurecer el sistema sancionatorio ante la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

² cfr. Ley 1340, 2009, art. 6

A modo de ejemplo, se propuso con el proyecto de ley 38 de 2015, radicado ante el Senado por la Ministra de Comercio, Industria y Turismo Cecilia Alvarez Correa en agosto de 2015 que, para la imposición de las multas, éstas se tasaran con base en un tope porcentual sobre el valor de las ventas involucradas en el cartel o acto colusorio y realizadas durante la vigencia de la práctica anticompetitiva tal como se hace en los países europeos y algunos latinoamericanos³. Así mismo, prever, como sanción adicional a la multa, en casos de colusión o cartelización en licitaciones públicas, una inhabilidad de hasta 5 años para contratar con el Estado (SIC, s.f.).

Al respecto, el artículo 4 del proyecto de ley 38 de 2015 proponía modificar los criterios para la graduación de sanciones de tal manera que se aplicara el mayor valor entre los siguientes: i.) los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción sin exceder el diez por ciento (10%) de dichos ingresos. ii.) El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción sin exceder el diez por ciento (10%) del valor de dicho patrimonio. iii.) las ventas del infractor en relación con los productos o servicios sobre los que recayó la práctica comercial restrictiva sin exceder el treinta por ciento (30%) de las ventas correspondientes al período durante el cual la infracción se haya ejecutado. iv) d) Un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor sin exceder cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV). v) El valor del contrato estatal en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública sin exceder el treinta por ciento (30%) del valor del contrato.

De la misma manera, si fuere posible cuantificar las utilidades derivadas de la conducta anticompetitiva la Superintendencia de Industria y Comercio podría imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad por esa conducta, siempre que dicho porcentaje fuere superior al mayor de los límites establecidos en los demás criterios. (Proyecto de ley 38, 2015, art. 4). Sin embargo,

³ Cfr. Robledo, Pablo Felipe En (El Tiempo, 2017, recuperado de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/superintendencia-de-industria-y-comercio-pide-aumentar-penas-para-cartelizacion-61901>)

el Proyecto de Ley fue retirado por el Ministerio de Industria y Comercio el 7 de abril de 2016. (Congreso Visible, S.f.)

De la misma manera, la cantidad de casos presentados, han hecho que la SIC enfoque, en el contexto actual, gran parte de la dinámica y actividad de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas y los denominados carteles, a través de la figura jurídica denominada delación. Esta figura, que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la ley 1340 de 2009 permite que un agente que ha participado en una práctica anticompetitiva, admita la comisión de la misma y otorgue detalles de tiempo, modo y lugar sobre la ejecución de tal ilícito, especialmente de sus demás participantes, para así lograr beneficios para sí, los cuales pueden ir incluso hasta una exoneración total de las sanciones establecidas para los casos de prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, pese al esfuerzo por fortalecer el esquema sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia y al mayor activismo de la SIC, dada la dinámica propia de la globalización, y los acuerdos de integración económica, existen una serie de cuestionamientos que deben ser analizados por los operadores jurídicos, en aras de garantizar un sistema eficaz de protección de la libre competencia en un ámbito normativo que trasciende el componente nacional.

Para el efecto, hay que considerar que el esquema de delación, herramienta fundamental en la lucha contra los carteles, que ofrece incentivos a los agentes para denunciar conductas en las que ellos han estado involucrados, requiere necesariamente, que tales incentivos sean eficientes y que no coexistan junto a otros incentivos negativos para delatar a los demás participantes de las prácticas anticompetitivas, verbigracia que existan otras sanciones incluso más cuantiosas por la delación de los mismos hechos.

El anterior planteamiento puede explicarse teniendo como ejemplo el pronunciamiento de la Secretaría General de Comunidad Andina de Naciones (en adelante SGCAN), a través de la Resolución 1883 de 14 de noviembre de 2016, mediante la cual se ordenó la apertura de una investigación contra dos empresas papeleras con presencia a nivel

internacional, por la presunta realización de una conducta anticompetitiva a nivel regional andino⁴ y que culminó con sanciones a los Grupos Kimberly y Familia por montos superiores a los 15 millones de dólares (SGCAN, Resolución 2006, 2018).

Lo problemático del asunto es que las empresas contra las que se decidió abrir investigación y finalmente se estableció una sanción pecuniaria ya habían sido sancionadas en el ámbito local con cuantiosas multas⁵, fruto de un proceso de delación, consagrado en los ordenamientos jurídicos colombiano y ecuatoriano y que no encuentra raigambre en el ordenamiento comunitario andino⁶.

Lo anterior adquiere gran relevancia en tanto la delación es una de las herramientas jurídicas más eficaces a la hora de descubrir prácticas anticompetitivas subrepticias, pero requiere, para que tenga efectos reales, de un sistema de incentivos correcto, que lleve a los participantes del acuerdo colusorio a delatar su actuar y no a continuar la ejecución del mismo. En ese marco, un sistema donde la delación de la conducta puede tener efectos adversos a nivel comunitario andino, que incluso pueden ser mayores a los del sistema colombiano, distorsiona los incentivos y hace que la opción económicamente eficiente sea la de no delatar las conductas y continuar con el acuerdo colusorio.

En ese sentido, la apertura de la investigación de la SGCAN, y su decisión de sancionar solidariamente a Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) y solidariamente a Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil

⁴ Cfr. (Revista Dinero, 2017, recuperado de <http://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/comunidad-andina-investiga-el-cartel-del-papel-higienico/241052>)

⁵ El esquema de sanción por prácticas anticompetitivas, cuando existe delación, implica que las empresas deladoras son sancionadas, pero posteriormente exoneradas del pago de la multa. Lo anterior se explica en tanto no puede confundirse que haya o no haya una sanción con el hecho que se exonere a la Compañía delatora de pagarla.

⁶ La Compañía Kimberly Clark fue sancionada con una multa de COP \$ 68.945.500, sin embargo, en virtud del programa de delación recibió una exoneración total de la sanción en el marco del proceso de delación. (SIC. Resolución 31739. 2016).

doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) (SGAN, Resolución 2006, 2018) conduce necesariamente a analizar los regímenes de protección nacional e internacional y ver qué situaciones son problemáticas a la hora de entender y compaginar ambas normativas de protección de la libre competencia, en un marco de integración regional.

II. OBJETIVOS

Objetivo General:

Analizar la coordinación entre el ordenamiento jurídico para la protección de la libre competencia a nivel nacional y comunitario andino y las posibles problemáticas que derivan de ello, con énfasis en los actos de colusión y los programas de delación, clemencia o leniency programs.

Objetivos específicos:

- Describir el marco jurídico de la protección de la libre competencia en Colombia y en la Comunidad Andina de Naciones.
- Identificar los elementos comunes y disímiles entre ambos ordenamientos jurídicos.
- Explicar la coordinación entre ambos ordenamientos jurídicos y los problemas derivados de las diferencias sustanciales y procesales especialmente en materia de colusión y programas de delación.

III. MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

a. Economía de Mercado y Libre Competencia

El mercado puede definirse como el espacio (no necesariamente físico) donde oferentes y compradores se encuentran con el fin de intercambiar bienes y servicios a cambio de un valor generalmente económico. La categoría “mercado” tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana:

“(…) es dinámica, cuenta con actores vivaces que van en busca de oportunidades y de ganancias, guiados por móviles propios, que se mueven en espacios que corresponden a las distintas clases de mercado (los de bienes y servicios, bursátil, de divisas, de valores, de commodities, etc.), de diversas dimensiones (mercado local, regional, mundial) y de distintas épocas (el mercado de la edad media, el mercado de principios de siglo, el mercado de la posguerra, el mercado de los países industrializados, etc.). Más aún, la idea de mercado ha llegado a tales dinámicas, que incluso se le adjudican características históricamente dadas a los seres vivos. De este modo los sujetos se refieren a él señalando que el mercado está “calmado”, “nervioso”, “turbulento”, “a la expectativa” y que tiene momentos, pues puede estar abierto, cerrado o clausurado” (Corte Constitucional Sentencia C032 de 2017)

En el mercado, en circunstancias ideales, el precio de los productos está determinado por la interacción entre los demandantes y los oferentes, donde no hay poder por parte de ninguno de ellos para alterar las condiciones de transacción en el mismo, bien sean los precios, cantidad, calidad, entre otras, generando con ello eficiencia en la asignación de recursos⁷.

Esta eficiencia en la asignación de recursos es producto de la existencia de competencia entre los agentes, la cual se traduce en mayor oferta de bienes y servicios en el mercado. Junto con esto y considerando el interés maximizador del bienestar de los oferentes, gracias a la competencia, reciben incentivos para destacarse en el mercado y capturar mayor demanda, ofreciendo productos

⁷ Lo que se acaba de describir son los rasgos más característicos del modelo de competencia perfecta. Este modelo teórico fue desarrollado para establecer las condiciones en las cuales la competencia brindaría la máxima eficiencia. Es importante tener en cuenta que al ser un modelo teórico, es extremadamente difícil que se presente un modelo real con esas características, sin embargo trata de ser el marco para analizar la funcionalidad de los mercados. Para que exista competencia perfecta se requiere i.) que exista un número de proveedores y consumidores de un bien, de tal manera que las acciones individuales de un agente no puedan modificar el precio del mismo ii.) que los productos de todas los proveedores sean homogéneos. iii.) que los propietarios y consumidores conozcan los precios y costos actuales y las condiciones del mercado y iv.) Que exista libertad de entrada y salida en el mercado (Krugman, y . Wells, 2006, p. 334).. Por el contrario de acuerdo con Samuelson y Nordhaus, la competencia imperfecta"se refiere a los mercados en los que no existe competencia perfecta, porque al menos un vendedor (o un comprador) es suficientemente grande para influir en el precio de mercado y, por tanto, tiene una curva de demanda (o de oferta) de pendiente negativa" (Samuelson y Nordhaus, 2002, , pp.. 652, 30, 142)

diferenciados por la calidad, precios competitivos, garantías, servicio o cualquier otro mecanismo.

Lo anterior beneficia a los consumidores, permitiéndoles acceder a mayor variedad de productos que satisfacen sus necesidades y deseos a precios más competitivos. Así, en síntesis, la competencia económica permite que haya diversidad de productos, mejoras en la calidad de estos, mayor cobertura y acceso a bienes y servicios; en adición, promueve la innovación tecnológica, maximiza el ingreso de los productores y, en un entorno de libertad de competencia, promueve el acceso al mercado, reduce los comportamientos que excluyen a nuevos productores o vendedores, evita comportamientos abusivos de poder de mercado, genera eficiencia del mercado y contribuye al desarrollo de la economía.

Dados los beneficios de la competencia, países con sistemas de economía de mercado, han adoptado conjuntos normativos para la protección de la competencia. En Colombia, el texto constitucional configuró una economía de mercado en el marco del Estado Social de Derecho, donde se constituye como elemento fundamental para el funcionamiento de dicho sistema la libertad de competencia, la cual comprende prerrogativas como, en palabras de la Corte Constitucional en sentencia C-032 de 2017: “(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros”.

En ese marco, un asunto central en las sociedades de economía de mercado es el de los límites de actuación que tienen los agentes, y más precisamente, los límites que deben ser impuestos a la libertad económica lo cual se materializan en el régimen de protección de la competencia o también llamado normas antitrust. Al respecto, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C- 032 de 2017 pueden

ser identificados dos clases de límites i.) los que se imponen libremente los propios actores, y ii.) los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia y de las cuales se expondrá su origen histórico. El enfoque de este trabajo será precisamente el estudio de uno de los límites impuestos por medio de la regulación a la libertad económica, esto es, las normas de libre competencia desde su origen, desarrollo y aplicación actual.

b. Origen de las normas de protección de la libre competencia (Antitrust Law)

Si bien algunos autores como *Edward Coke* afirman que los monopolios estaban prohibidos incluso desde el derecho romano o en ciertas leyes del Rey Eduardo III (como se cita en Miranda, 2011, p. 65), lo cierto es que hoy en día es aceptada la idea que el derecho de la competencia, como área específica del derecho, nació y se consolidó en Estados Unidos, con la denominada Ley Sherman de 1890.

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court (Ley Sherman Antitrust, 1890).

Fue éste el que se reconoce como primer momento en que se formó un cuerpo de normas articuladas, con naturaleza propia, y donde se dejaron de lado los esquemas clásicos donde existían solo algunas referencias puntuales normativas a la prohibición

de ciertas prácticas monopolísticas⁸. La ley Sherman, se expidió en un marco histórico de guerra civil, caracterizada por el surgimiento de acuerdos económicos llamados *corporate trusts*, y carteles de precios (*pooling arrangements*), que eran básicamente pactos que permitían a los empresarios fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados (Miranda y Gutierrez, 2007). Esa situación no cayó bien en los ciudadanos estadounidenses, quienes veían con malos ojos estas prácticas, lo cual se agravaba por la incapacidad de los gobiernos para eliminarlas o controlarlas. En palabras de Jorge Witker, con la Ley Sherman se buscaba proteger el verdadero sentido del derecho de libertad de empresa que “se veía amenazado por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales” (Witker, 2000, p. 23) y la manera de hacerlo fue prohibir y castigar civil y penalmente “todo contrato, combinación o conspiración que restringiera el comercio al igual que la monopolización” (Kovacic, y Shapiro, 1999, p. 2).

Posteriormente, los llamados *trusts* fueron cambiando paulatinamente por las figuras de matrices o holdings que controlaban los mercados; sin embargo, se continuó llamando *trusts* a “cualquier grupo de empresas o aglomeración de tipo económico que lograra monopolizar una actividad económica” (Miranda, 2011, p. 66). Es por lo anterior, que en Estados Unidos es normal que se siga hablando de *antitrust law*. Hoy en día, sin embargo, en muchos países, a esta rama del derecho suele llamársele en términos positivos como derecho de la competencia, protección o defensa de la competencia.

c. Fundamento de la libre competencia en Colombia. La Constitución económica:

Con el propósito de describir el estado actual del ordenamiento jurídico en materia de competencia en Colombia, resulta útil partir de estudiar el fundamento de la figura de

⁸ Según Zullita Fellini y Pérez Miranda la primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en EE. UU., sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan solo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (Zullita y Pérez, 1983, p. 9.) Asimismo, según Thomas J. DiLorenzo, la Ley Sherman fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE. UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (Dilorenzo, 2003). (como se cita en Miranda y Gutierrez, 2007, p. 217).

la libre competencia en Colombia, para lo cual es necesario remitirse a la Constitución económica. En muchos países, se ha denominado “constitución económica” al conjunto de normas constitucionales que definen los principios fundamentales sobre los cuales descansa la actividad económica del Estado y de los particulares (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

Vale decir que la antigua Constitución Política de Colombia de 1886 no regulaba profundamente la intervención del Estado en la economía y en consecuencia tampoco lo relativo a la libre competencia. Sin embargo, existían en ella al menos algunas referencias a derechos económicos para efectos por ejemplo de la protección de la propiedad privada, la prohibición de ir en contra de derechos adquiridos (Artículo 31), el derecho a una indemnización en caso expropiación por interés público (Artículo 32) y una serie de poderes de regulación del presidente (Artículo 120).

A pesar de lo anterior, bajo su vigencia, se promulgó la Ley 27 de 1888 que reformó el Código de Comercio de la época, donde se le daba la facultad al gobierno para intervenir e inspeccionar las sociedades anónimas en casos de necesidad pública o por instrucción del Consejo de Ministros. En la ley mencionada, se encontraba el artículo 6, el cual, en palabras de Palacios y Gutiérrez, quizás sea la primera norma de derecho de la competencia vigente en Colombia (Palacios y Gutiérrez, 2015, p. 146), (incluso anterior a ley Sherman) pues el mismo prohibía la fundación de sociedades anónimas que, entre otras “tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de la industria” (Ley 27, 1888, art. 6).

Posterior a la Constitución del 86, y hacia los años 30 del siglo pasado, comenzó a darse lo que podría llamarse una tendencia de socialización de los derechos de propiedad o de constitucionalización de los derechos económicos. A partir de ese momento, las reformas constitucionales, continuaron ampliando la capacidad del gobierno para intervenir en los procesos económicos. En ese sentido, el artículo 4 de la reforma constitucional de 1945 extendió el contenido del artículo 32 de la Constitución del 1886 indicando que la intervención económica debía seguir lo establecido en la ley y autorizó que formalmente el Congreso promulgara leyes

generales y que distintos organismos administrativos desarrollaran y precisaran su alcance en materia económica

Dentro de las leyes facilitadas por la reforma, se introdujo la ley 16 de 1936 relacionada con el derecho de la competencia, traída especialmente del derecho americano y que regulaba la figura denominada *interlocking directorates*, para prohibir a los directores de establecimientos de comercio bancarios y similares estar en juntas directivas de otros establecimientos con el mismo objeto (Palacios y Gutierrez, 2015, p.48). Al respecto Indicaba la ley: “Los directores de establecimientos bancarios no podrán pertenecer a las juntas directivas de otros institutos de crédito, con excepción de las del Banco de la República y del Banco Central Hipotecario” (ley 16, 1936, art. 10).

Posteriormente, en 1958, el Presidente Lleras Camargo nombró ministro de hacienda al señor Hernando Agudelo Villa, considerado el padre de la libre competencia en Colombia, quien presentó ese mismo año ante el Congreso un proyecto de ley estableciendo un nuevo régimen de competencia, que luego de varias modificaciones termino convirtiéndose en la llamada primera ley de competencia en Colombia (ley 155, 1959)⁹. Del proyecto de Ley presentado por Agudelo Villa debe destacarse que explicitó que su fuente y justificación, era la facultad y obligación del Estado de intervenir en la economía y que esos mandatos estaban relacionados especialmente con la noción de desarrollo (Palacio y Gutiérrez, 2015, p.156). En palabras de Agudelo Villa:

Es indiscutible que si paralelamente a la expedición de un arancel proteccionista y al sostenimiento de medidas restrictivas del comercio de importación, el Estado no contara con instrumentos adecuados para evitar los abusos o desviaciones en que puedan incurrir las empresas que controlan determinados renglones de consumo, sería imposible garantizar un desarrollo equilibrado de la economía nacional y un beneficio para toda la comunidad (Ley 155 ,1959, Exposición de motivos, p. 486).

⁹ Cfr. Como antecedente anterior puede verse el Decreto 2061 de 1955 conocido como el Estatuto Villaveces (Ministro de Hacienda de Rojas Pinilla).

Ahora bien, a pesar de que en Colombia (al igual que algunos países de Latinoamérica) una normativa en materia de competencia ya existía desde tiempo atrás, la existencia formal de la norma, no significaba que tuviera efectos, al punto que ni siquiera fueron aplicadas pues durante las tres décadas siguientes a su expedición, la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. Como explicación de lo anterior, se plantea la existencia de un entorno económico de desarrollo proteccionista, basado en la sustitución de importaciones, que no promovía una cultura de competencia, lo cual se acompañaba de falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia por los grupos de interés económico, una predominante cultura de no competencia y todo lo anterior agravado por la escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo la tarea de control (Miranda y Gutiérrez, 2007, p. 240)

En ese sentido, fue solo a partir de la década de los años noventa con la irrupción del liberalismo económico que, en América del Sur, Centroamérica y el Caribe se dio un verdadero desarrollo de normas que protegen la libre competencia en sus mercados. En palabras de Miranda y Gutiérrez, se trató de “un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por la aplicación de estas por las autoridades de la competencia” (Miranda y Gutiérrez, 2007, p. 239). El cambio del modelo proteccionista por el de apertura económica, se debió a dos procesos políticos y económicos de los noventa: la finalización de las dictaduras militares que dominaron buena parte de la segunda mitad del siglo XX y un consenso político sobre el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo económico caracterizado por la apertura del comercio en el marco del Consenso de Washington (Miranda y Gutierrez, 2007, pp. 241 y 242). En ese sentido, Krakowski sostiene que la implementación de políticas de competencia fue el resultado “de un proceso general de reformas económicas, el cual se puede describir con las palabras claves liberalización económica, desregulación y privatización” pues estas políticas en su totalidad estaban dirigidas a mejorar el funcionamiento de los mercados” (Krakowski, 2001, p. 2).

Como bien lo afirma el profesor Alfonso Miranda, el proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras se mantuvieran las restricciones a la competencia en el mercado interno. Bajo ese marco, es claro que el tipo de sistema económico promovido por el gobierno de un país determina el grado aplicación o no aplicación de las normas de libre competencia (Miranda y Gutierrez, 2007, p. 222).

Lo anterior es compartido por Ortiz y Solano quienes afirman:

Es importante recordar que, no obstante, las primeras normas de libre competencia en Latinoamérica fueron aprobadas a comienzos del siglo pasado, solo puede hablarse de un verdadero desarrollo de la materia cuando se emprende el proceso de sustitución de las políticas económicas proteccionistas y se dan los primeros pasos para la implementación del modelo neoliberal, reformas estas coincidentes con los primeros acuerdos de integración subregional (Ortiz-Baquero y Solano-Osorio, 2016, p. 317).

En Colombia particularmente, la Constitución de 1991 cristaliza este proceso de constitucionalización de la economía de mercado, juntamente con sus elementos fundantes que son el derecho de propiedad y la libertad económica. A partir de entonces se establecen disposiciones encaminadas a proteger el sistema económico y que constituyen lo que se conoce la Constitución económica. Al respecto, indica la Constitución de 1991 entre otras disposiciones, y para el asunto que nos ocupa, que la libre competencia económica es un derecho colectivo, un derecho de todos y que implica responsabilidades.

Al respecto, reza el artículo 88 constitucional:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...) (Subrayas añadidas) (Const., 1991, Art. 88)

Así mismo, el artículo 333 de la Constitución prescribe:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (subrayas añadidas) (Const., 1991, Art. 333)

Para explicar lo referente a la Constitución económica en Colombia y el alcance de las disposiciones que la componen, ha dicho la Corte Constitucional: “el modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado” (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012). Bajo ese escenario, ha recordado la Corte Constitucional que la Constitución colombiana recoge una constitución económica basada en un modelo mixto o de economía social de Mercado, así:

Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribía la intervención estatal, como con modalidades de economía de

planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

De lo expuesto por la Corte Constitucional colombiana, es posible entonces extraer dos conclusiones muy importantes para efectos de justificar las normas que regulan la libre competencia. En primer lugar, el carácter limitado de la libertad empresarial que se manifiesta en la función social que debe cumplir la misma en aras del interés general y en segundo lugar el hecho cierto, del poder-deber que tiene el Estado de intervención en la economía con el fin del cumplimiento de los fines sociales plasmados en la Constitución. De lo anterior se colige que la libertad económica y las demás libertades que ella envuelve, no son absolutas, antes bien presentan límites relativos al marco de circunscripción del sistema de mercado: el Estado Social de Derecho. En palabras de la Corte Constitucional:

(...) En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas. No obstante, los argumentos planteados anteriormente llevan a sostener que el ejercicio de esta libertad no está exento de límites, sino que, antes bien, el contenido de la garantía constitucional encuentra su verdadera definición a través del marco de referencia que le da sentido. Estos límites versan sobre dos aspectos definidos: el primero, la responsabilidad social que implica que el ejercicio de la libertad de empresa, asunto explicado en fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia. El segundo, que está

relacionado con la protección de la competencia en si misma considerada, esto es, la necesidad de regular las disconformidades del mercado que restringen la posibilidad de acceso equitativo a los distintos agentes económicos (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

De esta manera, es necesario indicar que esa competencia, representa la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. De tal manera, “existen al menos 3 libertades íntimamente ligadas con la libre competencia: – Libertad para escoger actividad, libertad para la entrada y salida de los mercados, y libertad de realizar las operaciones de la manera en que considere que mejor satisface a clientes” (Rubio, 2004, p.4).

Igualmente, la Corte Constitucional ha afirmado que este derecho colectivo tiene una naturaleza relacional en tanto permite la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. De esa manera, al proteger la competencia el Estado no solo funge como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de la actividad económica (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

Así mismo ha dicho la Corte Constitucional:

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o

eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”. (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

El carácter relacional de la libre competencia ha llevado igualmente a la Corte Constitucional colombiana a definir las libertades básicas de los participantes en el mercado, esto es la libertad de los productores de ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades; la libertad de los productores de ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y por último la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren (Corte Constitucional, Sentencia C-288, 2012).

IV. LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA EN COLOMBIA Y LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

a. La libre competencia económica en Colombia. Marco normativo.

Luego de la presentación de la historia del derecho de la competencia y de sus fundamentos constitucionales en Colombia, así como sus principales características, es momento de presentar a grandes rasgos lo que podría llamarse el estado actual del arte en materia normativa del derecho de la competencia.

En primer lugar, se encuentra la ya mencionada en este documento ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. La ley, modificada parcialmente por el Decreto 3307 de 1963 y reglamentada por el decreto 1302 de 1964 señala básicamente: i) una prohibición general de todos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos,

mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia¹⁰ y a mantener o determinar precios inequitativos¹¹ y ii.) Define que las empresas comerciales no pueden emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes (Decreto 1302, 1964).

Posteriormente, se encuentra el Decreto 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Este decreto además de contener el marco normativo de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a sus funciones como autoridad de competencia, organización interna, facultades sancionatorias y sobre su poder de regular las fusiones y concentraciones, en su capítulo V trajo una serie de definiciones y ejemplos de lo que son actos o acuerdos que restringen la libre competencia.

Respecto de las definiciones son particularmente importantes las de

1. Acuerdo: *Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*
2. Acto: *Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.*
3. Conducta: *Todo acto o acuerdo. (...)*

¹⁰ La prohibición general fue demandada por inconstitucional por el ciudadano Javier Cortázar Mora quien entendía que en tal prohibición se incluían expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrear la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo porque generaban inseguridad e incertidumbre. Sin embargo, la Corte Constitucional la declaró exequible mediante sentencia C-032 de 2017 indicando que la prohibición demandada es exequible al no ser violatoria del principio de tipicidad ni del debido proceso. Para el efecto afirma la Corte Constitucional que no existe un enunciado indeterminado y ambiguo, sino que forma parte del “régimen general de la competencia”, creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas.

¹¹ Sin embargo, la ley dejó claro que el Gobierno, sin embargo, podría autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

4. Posición Dominante: *La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.* (Decreto 2153, 1992, art. 45)

Respecto de los supuestos de acuerdos contrarios a la libre competencia se encuentran: 1. Los que tienen por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. 2. Los que tienen por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. 3. Los que tienen por objeto o tienen como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores. 4. Los que tienen por objeto o tienen como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro. 5. Los que tienen por objeto o tienen como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos. 6. Los que tienen por objeto o tienen como efecto la limitación a los desarrollos técnicos. 7. Los que tienen por objeto o tienen como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.

Respecto de los actos que se consideran contrarios a la libre competencia están 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor. 2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios. 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de esta cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios (Etc.)

Así mismo, el decreto indicó unos casos en los cuales no se entenderían como una violación a la libre competencia tales conductas: 1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología. 2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado. 3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

Finalmente, respecto del abuso de posición dominante, indicó que cuando exista posición dominante, constituiría abuso de esta, las siguientes conductas: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Posteriormente, apareció la Ley 590 de 2000 que en su artículo 16 incluyó una nueva modalidad de prácticas restrictivas al decreto 2153 de 1992 indicando que la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de evitar que se erijan barreras de acceso a los mercados o a los canales de comercialización para las MiPymes, investigaría y sancionaría a los responsables de tales prácticas restrictivas entre ellas las que tuviesen por objeto o como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Por último y más recientemente, se expidió la Ley 1340 de 2009¹², con el objeto de actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla

¹² La verdad es que, en Colombia, además del Régimen General de la Libre Competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1 de

a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que contaban las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional (Ley 1340, 2009, art. 1)¹³.

Bajo ese marco, la ley hizo un ejercicio de delimitación conceptual muy acertado, diferenciando las normas de protección de la competencia de otro tipo de normas como la competencia desleal o las normas de consumidor indicando el verdadero objeto de estas así:

Artículo 2°. Ámbito de la ley. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección

1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

¹³ Durante el año 2009 se expidieron además las Leyes 1335, 1340, 1341 y 1369, que le asignaron nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio. La Ley 1335 de 2009 atribuyó a la SIC la vigilancia y control en el mercado nacional, de las disposiciones relacionadas con el tabaco y sus derivados; la Ley 1341 de 2009 le asignó la competencia en materia de protección de usuarios de servicios de telecomunicaciones; y la Ley 1369 de 2009 facultó a la entidad para hacer cumplir las normas sobre libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor en el mercado de los servicios postales. Dentro de la misma dinámica fue expedido el Decreto 3523 de 2009, por medio del cual fue creada una Delegatura Especial, encargada de asumir los asuntos jurisdiccionales y el Decreto 3524 de 2009, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Superintendencia. El Decreto 3523 de 2009 fue modificado parcialmente por el Decreto 1687 de 2010 y este a su vez, por el Decreto 4886 de 2011. El Decreto 4886 de 2011 Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones, ajusta la estructura de la SIC y complementa las funciones de la entidad y de sus dependencias, manteniendo las competencias relacionadas con la protección del derecho a la libertad de competencia. En el artículo 1 enumera 67 funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableciendo en el último numeral, que también lo serán, “Las demás funciones que le señalen las normas vigentes”. El artículo 2 contiene la estructura de la entidad y prevé la existencia de seis Superintendencias Delegadas: para la Protección de la Competencia, la protección del Consumidor, el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, la Protección de Datos Personales, la Propiedad Industrial y para Asuntos Jurisdiccionales. El artículo 3 consigna 36 funciones directas del Superintendente, entre ellas las relacionadas con la protección de la libertad de competencia y como elemento concurrente, el artículo 9 dispone las 22 funciones que debe cumplir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Finalmente, el artículo 25 prevé la existencia de un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por cinco expertos. La norma finaliza con el artículo 29, que señala la derogación de las disposiciones que sean contrarias “con excepción del artículo 4o numeral 15 incisos 1o y numeral 16, artículo 11 numeral 6 y artículos 44 a 54 del Decreto 2153 de 1992; el artículo 1o, numerales 26, 27, 28, y 29 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1o del Decreto 1687 de 2010.

de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico (Ley 1340, 2009, art. 2).

Así mismo, el legislador hizo un ejercicio de síntesis, no muy común, en su artículo 4° indicando cuál es la normatividad aplicable y vigente en Colombia, teniendo en cuenta que existían normas anteriores que aún se encontraban vigentes. Dice el artículo 4:

La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso de que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico) (Ley 1340, 2009, art. 4).

Además de retomar y actualizar el régimen de autorizaciones en materia de integraciones empresariales, la ley trajo una institución supremamente relevante en materia de protección de libre competencia y protección contra carteles económicos que es el programa de beneficios por colaboración. Tal mecanismo, que posteriormente fue reglamentado por el Decreto 1523 de 2015 y se definió de la siguiente manera:

Beneficios por Colaboración con la Autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás

participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación (Decreto 1523, 2015, art. 14).

La misma ley, definió una serie de reglas que definen la forma en que se utiliza el mecanismo y las condiciones y límites del mismo indicando:

- Los beneficios pueden incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta.
- No pueden acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta restrictiva de la libre competencia.
- La SIC establece si hay lugar a la obtención de beneficios y su alcance en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta la eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal. La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

De las normas que componen entonces el estado actual del derecho a la libre competencia económica en Colombia, deben destacarse al menos tres cosas. La primera es que no existe un solo cuerpo normativo que regule en extenso la materia, sino que se trata de un conjunto de disposiciones que deben ser agrupadas e integradas para establecer el verdadero marco jurídico de la libre competencia; la segunda es que las disposiciones que regulan la materia son lo suficientemente amplias para adaptarse al sin número de prácticas que pueden buscar afectar artificialmente el mercado y en tercer lugar, existe un claro compromiso del Estado, a través de su autoridad de competencia con el descubrimiento y la sanción de conductas anticompetitivas a través del programa de delación para los actos de acuerdos colusorios.

La última de las características se explica en tanto, si bien es un claro consenso general que los carteles constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia¹⁴, su detección suele ser una tarea con poca probabilidad de éxito, al no ser sencillo probar los ilícitos anticompetitivos por factores como falta de información, diferentes modalidades que se utilizan diariamente o la dificultad de determinar casos a partir de los cuales se pueda hablar de un cartel. Por estas razones, se requiere la existencia de lo que se denomina hard evidence, es decir, de evidencia que pruebe la existencia de comunicación entre las firmas que participan en el cartel (Motta, 2003).

Por todo lo anterior, la cooperación en la consecución de pruebas por parte de alguno de los participantes de un cartel, resulta indispensable en un gran número de casos y es desde este razonamiento donde nacen los Programas de Beneficios por Delación como herramienta para combatir los carteles en la economía. (Santodomingo y Sanchez, 2017, p. 4)

b. La libre competencia en el derecho de la Comunidad Andina. La decisión 608.

Los Gobiernos de Bolivia, Colombia, el Ecuador, Perú y Venezuela, buscando fortalecer sus relaciones y avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina, decidieron la conformación de un sistema de integración y cooperación que propende por el desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países, y lo hicieron a través del denominado Acuerdo de Cartagena de 1969.

De acuerdo con su texto, el Acuerdo de Cartagena tiene por objetivo promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, la integración y la

¹⁴ La OCDE ha calificado este tipo de conductas como las violaciones más flagrantes de la libre competencia en tanto a través de ellas se lesiona a los consumidores con el aumento de precios y se generan dificultades en el suministro de otros productos, generando que bienes y servicios no estén disponibles para algunos compradores o que sean innecesariamente más costosos para otros. Por esas razones la OCDE recomienda a los países miembros y no miembros implementar leyes de competencia que detengan y disuadan eficazmente a los cárteles con sanciones efectivas y procedimientos e instituciones de aplicación adecuados para detectar y remediar los cárteles. Cfr. OCDE (1998). Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>.

cooperación económica y social; acelerar el crecimiento; facilitar la participación en el proceso de integración regional; mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros para en últimas procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión (Acuerdo de Cartagena, 1969).

A través del acuerdo, se creó la denominada Comunidad Andina de Naciones (CAN) integrada por los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (Acuerdo de Cartagena, 1969, art. 5).

De la misma manera, se indica en el Acuerdo de Cartagena cuáles son los órganos que la conforman, esto es, el Consejo Presidencial Andino; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaría General de la Comunidad Andina (Órgano de especial relevancia para el objeto de este escrito); el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; el Consejo Consultivo Laboral; la Corporación Andina de Fomento; el Fondo Latinoamericano de Reservas; el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; la Universidad Andina Simón Bolívar; los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

En el mismo acuerdo, se estableció un capítulo exclusivo para regular lo relativo a la competencia comercial, demostrando la importancia que esta tiene para un acuerdo de integración regional, indicándose:

Artículo 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal

de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones. Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien (Acuerdo de Cartagena, 1969, art. 93).

Así mismo se definió en el Acuerdo: “Artículo 94.- Los Países Miembros no podrán adoptar medidas correctivas sin ser autorizados previamente por la Secretaría General. La Comisión reglamentará los procedimientos para la aplicación de las normas del presente Capítulo” (Acuerdo de Cartagena, 1969, art. 94).

En virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, relativos a la materia de la libre competencia, se expidió en primer lugar la decisión 45 de 1971 en la cual se indicaron como prácticas que distorsionan la competencia, entre otras, las de dumping; manipulaciones indebidas de los precios; maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; y otras de efectos equivalentes (Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión 45 artículo 2. 1971). En la misma resolución, se indicó que cuando un País Miembro considerara que estaba siendo afectado por prácticas que distorsionaran la competencia, realizada desde el territorio de otro País Miembro, podía plantear el caso a la Junta del Acuerdo de Cartagena quien podía entonces adoptar todas las providencias y realizar todas las diligencias para el estudio y solución del problema y, si lo consideraba necesario, la aplicación de medidas para corregir la situación presentada.

Posteriormente, la decisión 45 de 1971 fue reemplazada por la decisión 230 de 1987 que tenía como objetivo hacer más específicos y eficaces los procedimientos de aplicación de las normas de protección de competencia Andina, en virtud de la experiencia acumulada en la aplicación de la Decisión 45.

En ese sentido, la decisión 230 establecía por ejemplo que era necesario establecer una relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave derivado de las mismas, como requisito para la aplicación de las medidas correctivas. En virtud de lo anterior, un País

Miembro podía solicitar a la Junta la autorización para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia comercial en el mercado subregional, derivadas de las prácticas contrarias a la competencia en los siguientes casos: a.) Cuando las prácticas originadas en el territorio de otro País Miembro causaran o amenazaran causar perjuicio grave a su producción nacional; b) Cuando las prácticas originadas en el territorio de un País Miembro causaran o amenazaran causar perjuicio grave a sus exportaciones destinadas a otro País Miembro; c)

Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión causaran o amenazaran causar perjuicio grave a sus exportaciones destinadas a otro País Miembro; y, d) Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión causaran o amenazaran causar perjuicio grave a su producción nacional.

Sin embargo, la aplicación de estas normas fue prácticamente nula, debido a la carencia de herramientas destinadas a su cumplimiento, y al desconocimiento sobre la importancia y la utilidad de esta normativa (Ortiz-Baquero y Solano-Orsorio, 2016, p. 320). Posteriormente, se aprobó la Decisión 285 de 21 de marzo de 1991, que por primera vez reguló de manera independiente, del dumping y de las restricciones a las exportaciones, las conductas restrictivas de la competencia, peor infortunadamente, esta decisión tampoco tuvo la acogida ni logró la aplicación y el desarrollo que de ella se esperaba (Ortiz-Baquero y Solano-Orsorio, 2016, p. 320).

Luego de todo ese recuento, debe indicarse que actualmente, está vigente la Decisión 608 dada en Lima en marzo de 2005, decisión que reemplazó la Decisión 285 de 1991 y que fue la culminación de una serie de discusiones sobre la necesidad de renovar la normatividad en materia de competencia.

En palabras de Antonio Pejovés, previo a la expedición de la Decisión 608:

“Es decir, el tema en la Subregión no es nuevo, sin embargo, es preciso modernizar la legislación andina sobre la materia, tanto en lo referente al contenido de sus

instituciones como en lo relativo a su aplicación, de allí la importancia del Proyecto de Competencia”¹⁵ (Pejovés, 2003, párr. 4).

Entre las novedades traídas por la Decisión 608 de 2005 se destaca que la misma contiene: los principios que orientan la aplicación de las normas comunitarias, el procedimiento en caso de infracción, la participación de las autoridades nacionales de competencia en la fase de instrucción, la participación de Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia en procedimiento de infracción de normas de protección de la competencia y la facultad de la SGCAN para imponer sanciones.

Especialmente, al igual que sucede en la normativa interna, la Decisión 608 establece las conductas que considera contrarias a la libre competencia y lo hace haciendo un ejercicio similar al del Decreto 2153 de 1992, implementando unas definiciones que en todo caso son bastante amplias, así:

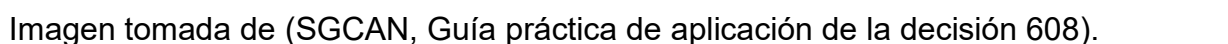
- **Conducta:** todo acto o acuerdo.
- **Acto:** todo comportamiento unilateral de cualquier destinatario de la norma;
- **Acuerdo:** todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen;
- **Agente económico:** toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen; y
- **Personas vinculadas:** los agentes económicos que tengan una participación accionaria mayoritaria o que ejerzan una influencia decisiva sobre las actividades de otro agente económico, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad, del uso de la totalidad o parte de los activos de éste o

¹⁵ Esta posición es compartida por Ortiz-Baquero y Solano-Osorio quienes afirman: “Ante las continuas críticas y la escasa aplicación de la Decisión 285/1991, y considerando la creciente importancia y modernización de la protección de la competencia para los Estados integrantes de la Comunidad, con el apoyo de la Comisión Europea, se promovió la modernización de la normativa comunitaria, proceso este que concluyó con la aprobación de la Decisión 608/2005” (Ortiz-Baquero y Solano-Osorio, 2016, p. 327).

del ejercicio de derechos o contratos que permitan determinar la composición o el resultado de las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o de sus actividades (SGCAN, Decisión 608, 2005).

De la misma manera, la Decisión 608 define las conductas que se presumen como restrictivas de la libre competencia entre las que están: fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; repartir el mercado de bienes o servicios; impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas (SGCAN, Decisión 608, 2005).

Por su parte, el Capítulo IV (artículos 10 a 35) regula el procedimiento comunitario, el cual se inicia de oficio o a petición de parte ante la SGCAN, el cual consta de 6 etapas: i.) Apertura de la investigación mediante Resolución; ii.) Desarrollo del Plan de Investigación en cabeza de las autoridades nacionales; iii) complementación de la investigación por la SGCAN; iv.) Elaboración del Informe de resultados de la investigación; v.) Revisión del Informe por las autoridades nacionales competentes y las Partes; y, vi) expedición de la Resolución resolviendo el caso (SGAN, Resolución 2006, 2018).



La Corte Constitucional ha dicho respecto del derecho comunitario que:

contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto (Corte Constitucional, Sentencia C-231, 1997).

Bajo ese marco, el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina da muestra de las normas que componen el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En él se comprenden el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, el tratado de creación del Tribunal de Justicia y sus protocolos modificatorios, las decisiones del Consejo Andino De Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de La Comunidad Andina, las resoluciones de la Secretaria General de La Comunidad Andina y los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina.

Todas estas normas que integran el derecho comunitario andino, gozan de características especiales que explican su naturaleza y que les permiten producir los efectos buscados en los países miembros. Las características son las de Supranacionalidad, intangibilidad, carácter vinculante, preeminencia, aplicabilidad directa, efectos inmediatos, autonomía y complemento indispensable (Tangarife, 2005, pp. 282-305).

La característica de supranacionalidad implica la autonomía del nuevo ente que crean los estados que se integran, en tanto los tratados constitutivos representan una limitación a la libertad de los Estados (Uribe, 1990, pp. 49 y 50). La supranacionalidad implica una delegación o transferencia de parte de la soberanía con delegación de competencias y la presencia de órganos comunitarios autónomos que adopten decisiones aceptadas por los países. El Consejo de Estado ha dicho frente a esta característica:

El ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos, dotado de órganos propios con poderes soberanos en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en los ámbitos que se han

reservado a la autoridad comunitaria. Sin embargo, los países miembros conservan competencias residuales o complementarias de naturaleza legislativa que deben ejercer conforme a la política legislativa común. Es por lo anterior que se ha señalado que las partes que conforman la comunidad sólo pueden actuar, en adelante, como gestores del interés común, dejando de lado el criterio tradicional de soberanía excluyente para reemplazarlo por el de soberanía compartida en cada materia, lo que se ajusta más al concepto actual de derecho comunitario (Consejo de Estado, Sentencia 4360, 2000).

La característica de intangibilidad implica que las autoridades de los Países miembros del tratado de integración no pueden modificar unilateralmente las normas que se crearon en conjunto con los demás Estados o a través de los órganos que componen la Comunidad Andina (Tangarife, 2005, p. 288). Al respecto indica el Tribunal de Justicia Andino: “(...) ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industria de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones” (Tribunal de Justicia Andino, Proceso No. 5-IP-95,1995).

El carácter vinculante se explica por la decisión tomada por los estados en su soberanía para crear la Comunidad Andina de Naciones por lo cual se transfieren competencias a órganos comunitarios supranacionales y que generan verdaderas obligaciones de hacer y no hacer como la de adoptar medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN. (Tangarife, 2005, p. 288)

La preeminencia implica que cuando exista una norma comunitaria y una interna, aunque no deba derogarse necesariamente, se debe aplicar en el caso concreto la norma internacional. Al respecto ha dicho el Tribunal de Justicia Andina:

La primacía del Ordenamiento Jurídico Comunitario, conjuntamente con los principios de aplicación inmediata y efecto directo que caracterizan al Derecho Comunitario, implica que las normas comunitarias cualquiera sea

su fuente o rango, por su especialidad, se imponen y prevalecen sobre las normas internas de los Estados Miembros y consecuentemente a los Tratados que éstos hayan suscrito y que tengan relación con el ámbito del proceso de integración andina. Su fundamento radica en el hecho de que los países miembros al suscribir el Acuerdo de Cartagena, constitutivo de la Comunidad Andina han transferido una parte de sus competencias a este organismo supranacional con la consiguiente limitación de las competencias estatales en ese ámbito, de donde emerge una soberanía compartida que conlleva la primacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre las normas del ordenamiento jurídico interno, al que se integran, y su consiguiente cumplimiento obligatorio conforme a lo previsto por los artículos 2, 3 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal, sin importar la jerarquía de éstas y de la fecha de su vigencia, sea anterior o posterior a la norma comunitaria (Tribunal de Justicia Andino, Proceso No. 148-IP, 2003)

La aplicación directa consiste en que no es necesario un procedimiento interno de incorporación en los países miembros diferente a la emisión de la norma comunitaria bajo el marco de su tratado de creación. En otras palabras, una vez aparecen las normas comunitarias comienza su vigencia en los países miembros sin ningún requisito adicional. (Plazas, 2001, p. 145).

Aspecto similar al de la aplicación directa es el de los efectos inmediatos. Esta característica a diferencia de la aplicación directa no se refiere a la norma como tal, sino a las acciones que los sujetos destinatarios de las mismas pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria como solicitar su aplicación a los jueces nacionales en defensa de sus intereses (Plazas, 2001. p. 144).

La característica de autonomía es la que permite que los órganos e instituciones de la Comunidad de Integración tomen sus decisiones independientemente de la voluntad y normatividad de los Países miembros para poder cumplir así íntegramente con sus funciones. Así lo ha dicho el Tribunal de Justicia Andino:

El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas. Cosa bien diferente es la de que, para que este ordenamiento se acompañe con el de otras esferas u organizaciones internacionales o mundiales, el legislador andino expida normas que acojan dentro de su ordenamiento principios y regulaciones idénticos o semejantes a las de aquéllas. (Tribunal de Justicia Andino, Proceso No.89-AI, 2000).

Por último, la característica de complemento indispensable lo que afirma es que le está proscrito a los Estados Miembros, interpretar o reglamentar las normas Andinas. Solo es permitida la reglamentación de normas Andinas a los Estados miembros cuando se trate de medidas para garantizar la correcta aplicación de las mismas y que no sean contrarias al ordenamiento andino.

Al respecto dijo el Tribunal Andino. En relación con el régimen descrito, debe reiterarse el alcance de “complemento indispensable” que, en relación con la norma comunitaria, se atribuye a la norma nacional. A propósito del “complemento indispensable”, este Tribunal ha declarado que, en su aplicación, “las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria” (Tribunal de Justicia Andino, Proceso No. 10-IP, 1994).

c. Comparación entre regímenes

Hasta aquí, se han presentado las características principales de la normativa de libre competencia económica en el ámbito interno y en el ámbito comunitario andino y podría afirmarse que ambas en lo fundamental comparten unos valores, finalidades y objetos comunes en sus disposiciones incluso en lo referente a los actos de colusión. Habiendo dicho lo anterior, es necesario indicar que existen en las diferentes normativas cuestiones fundamentales que tienen una regulación disímil tanto en lo

sustancial como en lo procesal y que por los principios que rigen las normas comunitarias de supranacionalidad, intangibilidad, carácter vinculante, preeminencia, aplicabilidad directa, efectos inmediatos, autonomía y complemento indispensable, deben ser analizadas para evidenciar posibles problemas que pueden presentarse al resolver un caso puntual, especialmente respecto de los casos de colusión.

i.) Del análisis de la normativa interna colombiana y la decisión 608 de la SGCAN, las diferencias se concentran básicamente en i.) temas sustanciales: a.) las conductas que se consideren contrarias a la libre competencia y b.) su ámbito de aplicación y ii.) en asuntos procesales: a.) órgano competente, b.) existencia de incentivos para confesar y cesar la conducta, c.) sanciones y iv.) prescripción. En el presente apartado, se pretende plantear la comparación entre las normativas e identificar los problemas que se derivan de sus diferencias.

Aspectos sustanciales

a.) Conductas colusorias contrarias a la libre competencia

Normativa Colombiana	Normativa Andina
<p>Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:</p> <p>1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.</p> <p>2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar</p>	<p>- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:</p> <p>a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;</p> <p>b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;</p>

condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.	c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.	d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.	e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.	
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.	
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.	

8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.	
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.	
10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.	

Respecto del primero de los aspectos sustanciales, es posible concluir de la lectura del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que establece qué acuerdos se consideran contrarios a la libre competencia que tanto la normativa interna como la normativa comunitaria, identifican actos de colusión contrarios a la libre competencia similares e incluso idénticos. A pesar de encontrarse más ejemplos en la norma colombiana, es posible acomodarlos en los supuestos de la decisión 608 de 2005.

A pesar de lo anterior, el carácter amplio e indefinido de las expresiones “tengan por objeto o tengan como efecto” que se encuentran presentes en ambos ámbitos normativos, pueden implicar diferencias de criterio entre una autoridad y otra, como en efecto ocurre en la resolución 2006 de 2018 de la SGCAN donde la SIC y la SGCAN difieren en su conclusión sobre si un acuerdo entre el Grupo Kimberly y el Grupo Familia tuvo efectos sobre el mercado ecuatoriano. Lo anterior se explica por el necesario papel interpretativo de los organismos de competencia nacionales y la

SGCAN por lo cual existe un riesgo evidente que una conducta sea calificada como violatoria de la libre competencia en un país miembro y no en la comunidad andina o viceversa.

b.) Ámbito de aplicación

Respecto del ámbito de aplicación, la Decisión 608 de la SGCAN establece en su artículo 5 que son objeto de la misma, aquellas conductas practicadas en:

a.) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,

b.) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

De la misma manera, establece que las demás situaciones no previstas en esos dos supuestos se rigen por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros (Decisión 608, 2005, art. 5). En ese sentido, de la lectura de la norma se evidencia que solo son competencia de las autoridades nacionales de competencia de los países miembros, las conductas contrarias a la libre competencia que: se desarrollen dentro de su territorio (dentro del territorio competencia de la autoridad nacional) y que los efectos de la misma se manifiesten igualmente dentro del mismo país y no en otro más de la Comunidad Andina. De allí también se desprenderán todas las demás diferencias en tanto cambia igualmente su ámbito de aplicación.

Hasta aquí, si bien es claro que la competencia de la autoridad nacional tiene asignada de manera privativa es solo para los casos en que las conductas se despliegan y tienen efectos únicamente en el territorio colombiano y que las conductas que tienen origen en Colombia, pero cuyos efectos se despliegan igualmente en otro país miembro de la Comunidad Andina son competencia de la SGCAN, no existe ninguna disposición que indique qué sucede en los casos en los cuales: i.) existe duda sobre si la conducta engendrada en un país tiene “efectos reales” o no en otro de la Comunidad Andina, o ii) la autoridad nacional ya tomó

medidas administrativas para sancionar esas conductas porque consideró que no existían efectos reales en otro país.

El problema en este punto radica entonces en que si bien formalmente, existen dos regímenes distintos, que consagran organismos distintos, con competencias también en principio distintas (privativas para cada uno), en la práctica no es posible diferenciar tan claramente desde un inicio si una práctica: i.) Se generó en un solo país y en cual y/o ii) si se generaron efectos en otro país de la Comunidad Andina o qué se entiende por efectos reales.

Lo anterior es un claro escollo para el correcto funcionamiento de las normas de protección de la competencia y pone en un modelo de inseguridad jurídica muy complicado a sus destinatarios y, por qué no, también a los órganos encargados de protegerla en tanto las normas comunitarias son prevalentes.

Para ejemplificar el problema sobre el ámbito de aplicación y el papel interpretativo de los organismos nacionales y comunitarios, es pertinente revisar lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en adelante TJCAN en el Proceso 05-AN-2015 (Acción de Nulidad interpuesta por ANGELCOM S.A. en contra de las comunicaciones SG.C/D.1/2450/2013, SG/E/106/2014 y SG/E/311/2014 emitidas por la SGCAN) así:

Se debe entender por “efecto real”:

- a.) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,
- b.) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores) (TJCAN, Proceso 05-AN-2015, 2013).

Nótese como la noción de efectos reales es un concepto vago, indeterminado, que incluso luego de definido por el TJCAN implica una serie de consideraciones y apreciaciones subjetivas por parte de los operadores jurídicos para determinar si efectivamente o no se presentaron efectos reales en un país miembro de la CAN.

Para ilustrar lo complicado de esta situación, en la resolución 2006 de mayo 28 de 2018 de la SGCAN, se expusieron dos versiones completamente distintas sobre los efectos de un acuerdo anticompetitivo por parte de la SGCAN y una autoridad de competencia nacional, en este caso la SIC.

Por un lado, indicó la SIC:

las declaraciones obtenidas (...), indican, al unísono, que el cartel de papeles suaves que tuvo lugar en Colombia se circunscribe única y exclusivamente al mercado de Colombia, y que en el marco de tal acuerdo anticompetitivo de carácter nacional (que, de hecho, ya fue investigado y sancionado por la autoridad de competencia colombiana) no se establecieron ni fijaron condiciones de mercado (como precios, cantidades, etc.) en el Ecuador. (...) las pruebas que obran en el expediente dan cuenta que las conductas tuvieron origen y efecto exclusivamente en Colombia, razón por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio es la competente para conocer y decidir la presente investigación (...) Las pruebas del acuerdo sancionado por la SIC solamente mencionan o hacen referencia a clientes, distribuidores, grandes cadenas o supermercados de Colombia. Nunca se hace mención a compradores, clientes, consumidores o distribuidores de otros países de la Comunidad Andina. (...) La sociedad CyP, que fue una de las empresas sancionadas por la SIC, opera única y exclusivamente en el mercado colombiano, con lo cual se descarta de plano cualquier alcance subregional. (...) para poner en marcha el mecanismo comunitario en los términos del artículo 5 de la Decisión 608 (...) no es suficiente ni la simple manifestación que ciertos hechos originados en un país pueden producir determinados efectos en otro, ni mucho menos la constatación de que un

agente económico opere en varios países de la CAN. (...) se hace imprescindible constatar adecuadamente los supuestos de dicha norma y demostrar con base en el análisis de pruebas, que los hechos investigados produjeron o están produciendo efectos concretos y determinados, es decir, la comprobación de que dichos efectos sean reales y no meras probabilidades no simples deducciones lógicas y abstractas, sin ningún respaldo material (SGAN, Resolución 2006, 2018).

Por su parte, la SGCAN afirmó:

se concluye que las estructuras organizacionales y los correos referidos muestran que al más alto nivel decisorio se estableció una conducta anticompetitiva en Colombia que se ejecutó y tuvo sus efectos en Ecuador. (...) Se encontró un comportamiento paralelo de los precios en papeles suaves entre los competidores, que confirmó el hecho de que el acuerdo para determinar el precio de estos productos tuvo efectivamente un efecto real en el Ecuador. (...) las estructuras organizacionales y los correos referidos muestran que al más alto nivel decisorio se estableció una conducta anticompetitiva en Colombia que se ejecutó y tuvo sus efectos en Ecuador (SGAN, Resolución 2006, 2018).

En ese contexto, es claro que incluso para las autoridades de competencia, la determinación sobre si una conducta tiene o no efectos reales en otro país no es pacífica. En ese sentido, a la hora de analizar la decisión de delatar una conducta anticompetitiva, el posible delator tendría que hacer un cálculo sobre si sus actuaciones pudieron tener o no efectos en otros países con la noción tan amplia que trae la decisión 608 de 2005 y que fue desarrollada por el TJCAN en la acción de nulidad de ANGELCOM, sin que ello delimitara correctamente la noción de efectos reales de manera que garantice la seguridad en un marco de beneficios por colaboración ante una autoridad nacional. Ello claramente afecta los incentivos para delatar y consecuentemente dificulta la lucha contra los carteles en los ámbitos nacionales de los países miembros de la CAN.

ii.) Aspectos procedimentales

a.) Órgano competente:

Respecto de los órganos encargados de la defensa de la libre competencia, en el marco Comunitario Andino, la Secretaría General es un órgano permanente del Sistema de Integración Andino, con sede en Lima, que se creó a través del Protocolo de Trujillo firmado por los presidentes de la Comunidad Andina y que reemplazó a la Junta del Acuerdo de Cartagena. Este Órgano es dirigido por el Secretario General y es el órgano ejecutivo de la CAN que, en ejercicio de sus funciones de administración del proceso de integración subregional andina, expide resoluciones (Decisión 409, 1997, art. 29) que son por naturaleza actos administrativos y que gozan de las características de supranacionalidad, prevalencia, aplicación directa y efectos inmediatos, propias de las normas comunitarias Andinas. La SGCAN tiene en virtud de los textos constitutivos de CAN, amplias atribuciones para prevenir eventuales infracciones al ordenamiento jurídico andino y garantizar el interés general comunitario y ser la “Guardiana de los Tratados” (Proceso No. 02-AP, 1997). Dentro de esos poderes, está ser la autoridad de Competencia Comunitaria con todas las facultades que le otorga la Decisión 608 de 2005.

En Colombia por su parte, en virtud del Artículo 6° de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio conoce en forma privativa de las investigaciones administrativas, impone las multas y adopta las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal (ley 1340, 2009, art. 6).

b.) Incentivos para la confesión y cesación de la conducta:

En las normas colombianas, específicamente en el artículo 14 de la ley 1340 de 2009, reglamentada por el decreto 1523 de 2015, se estableció el mecanismo de beneficios por colaboración con la autoridad, como estrategia de lucha contra las conductas

contrarias a la libre competencia, específicamente respecto de los acuerdos colusorios.

A través del programa de beneficios por colaboración, la SIC puede conceder un tratamiento benévolo, ya sea a través de la exoneración o reducción de las sanciones establecidas, a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en una conducta anticompetitiva, en los casos en que estas le informen de la existencia de esa conducta y colaboren con información y pruebas que permitan esclarecer los hechos de esas conductas, (Decreto 1523, 2015).

Esta figura, se fundamenta en el denominado dilema del Prisionero, recogido por Pérez Navarro en su libro 'Teoría de Juegos'¹⁶. El dilema del prisionero es en términos básicos el siguiente:

Dos delincuentes habituales son apresados cuando acaban de cometer un delito grave. No hay prueba clara contra ellos, pero sí indicios fuertes de dicho delito y además hay pruebas de un delito menor. Son interrogados simultáneamente en habitaciones separadas. Ambos saben que si los dos se callan serán absueltos del delito principal por falta de pruebas, pero condenados por el delito menor (1 año de cárcel), que si ambos confiesan, serán condenados por el principal, pero se les rebajará un poco la pena por confesar (4 años), y finalmente, que si solo uno confiesa, él se librará de penas y al otro se le condenará a 5 años." (Pérez, Jimeno, y Cerdá, 2013.)

El dilema del prisionero se basa en la racionalidad económica de los sujetos, quienes buscan maximizar su utilidad. Si esa fuera la única situación a tener en cuenta, ambos en un marco de cooperación, optarían por callar y así asegurarse recibir una condena inferior. Sin embargo, la realidad demuestra que los sujetos no tienden a cooperar por

¹⁶ La teoría de juegos es una metodología de las ciencias económicas que fue desarrollada por John Von Neumann y John Nash a mediados del siglo XX mediante la cual se pretende estudiar el comportamiento de los agentes económicos bajo condiciones de incertidumbre. Esta teoría es base de la creación de los programas de delación o "leniency programs" en materia de competencia en tanto en los carteles siempre existe un incentivo para los agentes de violar el acuerdo de precios, para vender por debajo del precio acordado y capturar una mayor proporción del mercado. (Miranda y Gutierrez. Op cit. p. 229)

temor a la traición del otro y adicionalmente, como el objetivo último del jugador es obtener el máximo beneficio, en este caso la libertad, decide confesar teniendo la posibilidad de quedar libre si el otro calla (Miranda, 2016).

En ese marco, como la investigación y sanción de conductas anticompetitivas es difícil, pues no se encuentran muchas evidencias y los infractores sofistican los mecanismos para realizar actos de colusión, los cuales hacen más difícil su detección; entonces se crean programas de amnistía, clemencia o delación que pretenden generar incentivos para romper la lealtad entre los infractores y para ello, ofrecen inmunidad total, parcial o reducción de las multas a quienes colaboren con la autoridad.

Este sistema de colaboración tiene, entre otras, las siguientes ventajas: reduce el costo necesario para detectar los cárteles, disminuye el tiempo necesario para que las autoridades adelanten un proceso y consigan la información necesaria, genera incentivos económicos que moverán a las empresas a delatar a sus cómplices y detener las prácticas anticompetitivas, lo cual se traduce en beneficios para toda la sociedad (Miranda, 2016).

En materia de competencia específicamente, cada agente cartelizado tiene dos alternativas: (i) confesar y detener las prácticas ilegales; o (ii) guardar silencio y continuar siendo parte del cartel. De esa manera, como con otros ejemplos, este dilema puede adaptarse al dilema del prisionero para analizar cuál es la mejor estrategia para ser adoptada por miembro cartel, dependiendo de una opción idéntica para los demás miembros.

Lo importante de los sistemas de delación es que, en la realidad, los miembros del cartel siempre van a tener un grado de incertidumbre sobre la posibilidad de que se inicie una investigación en su contra, bien sea por la traición por parte de uno de los participantes o porque un tercero, como un consumidor, denuncie. Esa desconfianza, junto con el incentivo de reducir o eliminar la sanción, motiva a que los agentes económicos cesen su participación en conductas anticompetitivas como los cárteles, generalmente clandestinos, y contribuyan a su descubrimiento mediante la delación de los demás participantes (Miranda, 2016).

Ese instrumento, en Colombia trajo consigo una serie de requisitos para ser aplicado. Por un lado, se dejó claro que los beneficios dependerían de la calidad y utilidad de la información y del momento de la investigación en que se dieran. Por otro, se restringió el acceso a tales beneficios a quienes no hayan sido instigadores o promotores del acuerdo anticompetitivo. Los beneficios consisten en el otorgamiento de la exoneración total o parcial de la multa al delator según la información aportada y su orden de solicitud de participación en el programa de delación, así: se concede la exoneración total para el primer colaborador, una reducción entre el treinta por ciento (30%) y el cincuenta por ciento (50%) de la multa a imponer para el segundo solicitante, y una reducción de hasta el veinticinco por ciento (25%) de la multa a imponer para el tercer colaborador y otros sucesivos. (art. 9, decreto 1523, 2015 compilado en el artículo 2.2.2.29.3.1, Decreto 1074, 2015). Todas estas exoneraciones tendrán lugar, se insiste, de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas en el trámite.

En la normativa comunitaria andina, contrario a lo que sucede en Colombia (y en Ecuador, por ejemplo) no se encuentra reconocido un programa de beneficios por colaboración ni tampoco se determina qué sucede si la SGCAN avoca conocimiento de una investigación que se dio como consecuencia de una solicitud de ingreso en un programa de clemencia.

Así lo ha dejado claro la SGAN al indicar: “De manera preliminar, la SGCAN debe aclarar que la investigación que adelantó fue a solicitud de una autoridad nacional de competencia, sin que se haya presentado un caso de delación a nivel comunitario, toda vez que esta figura no existe en el marco regional andino”. (SGCAN, Resolución 2006, 2018).

En el esquema Andino, el único mecanismo que permite obtener una exención de las sanciones por violación a las normas de libre competencia, es el denominado ofrecimiento de compromisos, que tiene una naturaleza completamente distinta al del programa de beneficios por colaboración y depende únicamente de la voluntad de la SGCAN.

Al respecto, el artículo 27 de la Decisión 608 de 2005 definió que si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación, la Secretaría General convocaría al Comité a efecto de analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes y, en caso de aceptarse el compromiso, dar por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas¹⁷. Por el contrario, en caso de no ser acogidos los compromisos, la investigación continuaría y en caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, podría reiniciar el proceso de investigación y aplicar medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible (SGCAN, Decisión 608, 2005, art. 27).

Es importante recalcar que la figura de ofrecimiento de compromisos difiere en su naturaleza de los programas de beneficios por colaboración, ausentes en la normativa Andina. Sin embargo, en Colombia, a pesar de la existencia del programa de delación, fue consagrada una figura análoga al ofrecimiento de compromisos denominada ofrecimiento de garantías suficientes, mediante el Artículo 16 de la ley 1340 de 2009 que adicionó un parágrafo al artículo 52 del decreto 2153.

Para el efecto, indica la norma que para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requiere que el investigado presente su ofrecimiento de garantías, antes del vencimiento del término para solicitar o aportar pruebas. Así, en caso de aceptarse las garantías, la SIC ordena la clausura de la investigación y en el mismo auto señala las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado que ofreció la garantía¹⁸. (Decreto 2153, 2015)

¹⁷ En ese caso la Decisión 608 establece que, de aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes (Decisión 608, 2005, art. 29)

¹⁸ El artículo 16 de la Ley 1340 dispuso adicionalmente, que la SIC expediría guías en las cuales se establecerían los criterios con base en los cuales analizaría la suficiencia de las obligaciones que

La garantía se puede entender, en términos de la SIC como una “... obligación, adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede”, es decir, que reduce las consecuencias del eventual incumplimiento de la obligación principal prometida a la SIC sobre la suspensión o modificación de la conducta indebida” (SIC, Resolución 24.206. 2000).

Al respecto, es importante resaltar que el ofrecimiento de garantías, a diferencia de la delación que es la base de los programas de beneficios por colaboración, no implica, de ninguna manera, una confesión o aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal. Lo anterior, en tanto por disposición normativa, la aceptación de las garantías por parte de la SIC produce terminación anticipada de la investigación, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto y por tanto sobre la antijuridicidad de la conducta (de igual manera debe entenderse en el marco de la Decisión 608).

Ahora bien, en relación con la naturaleza de la facultad que tiene el Superintendente de estudiar y aceptar o rechazar las garantías, la SIC ha recalcado que es una potestad discrecional, al igual que sucede en la decisión 608 de la SGCAN con la aceptación de los compromisos. Para la SIC

(...) La discrecionalidad no significa en ningún momento desconocimiento del principio de legalidad, sino que consiste en la realización, por parte de la administración, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones. Tampoco implica arbitrariedad al momento de decidir, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga¹⁹.

Como criterio para determinar si se aceptan o no las garantías, ha dicho la SIC:

adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas. Al día de hoy, la SIC no ha expedido tales guías.

¹⁹ Concepto radicado bajo el No. 9801399115. Citado en (Miranda, 2014)

Frente a una propuesta particular, entonces, la Superintendencia se (sic) realizará un análisis de correspondencia, entre la norma que se presumía violada, el comportamiento que implicaba la ilegalidad que dio origen a la investigación y lo que el investigado propone que hará. Si al aplicar la variación o suspensión ofrecida, el investigado deja de estar en el supuesto de hecho de la disposición que sirvió de sustento para la apertura de investigación, se habrá cumplido el primer requisito tendiente a la terminación de la investigación.” (SIC, Concepto 11523, 2011).

Ahora bien, respecto de la suficiencia de la garantía, ha dicho la SIC que se requiere:

- i.) Que las garantías no versen exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley en tanto el cumplimiento de las disposiciones legales es una conducta que deben desplegar los agentes del mercado por mandato de la ley y no de un compromiso que adquieren mediante unas garantías aceptadas por la SIC, (ii) Que las garantías sean efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la resolución de apertura. iii) que las garantías sean estructurales en la medida en que eliminen o reduzcan sustancialmente, y de manera permanente, los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas²⁰ y iv) que las garantías se ajusten a la política de promoción y protección de la competencia (SIC, Resolución 1147, 2014).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, tanto en Colombia como en la CAN existe una posibilidad de terminación de los procesos mediante el ofrecimiento de unos compromisos y/o garantías que lo que pretenden es darle la seguridad a la autoridad de competencia de que no se generen alteraciones a la competencia. Este instrumento tiene una doble ventaja, por un lado, el investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación sin que exista un

²⁰ “Por el contrario, si bien los compromisos de promocionar y abogar por el cumplimiento de las normas de competencia mediante, entre otros, publicidad, congresos y capacitaciones son deseables, por si solos, no son garantías estructurales y, por ende, no son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Igualmente, las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, pero no eliminan ni reducen los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, no constituyen garantías estructurales” (SIC, Resolución 1147, 2014).

pronunciamiento de fondo por parte de la Entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin que pueda resultar sancionado y; por el otro, la Autoridad de la Competencia obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del investigado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación.

El verdadero cambio se presenta en relación con el programa de beneficios por colaboración que no existe en el marco de la decisión 618, lo cual es una diferencia radical en relación con el ordenamiento colombiano. Lo anterior puede resultar en un gran desincentivo para las empresas a la hora de denunciar y aceptar responsabilidad por prácticas anticompetitivas en las que hayan estado inmersos. Esto, en tanto quedan expuestos a la posibilidad de ser sancionados en sede andina a pesar de haber sido exonerados en el territorio nacional en el marco de un programa de beneficios por colaboración.

En la SGCAN entonces, se deja a los investigados sin la posibilidad de confesar para obtener la exoneración o reducción de la sanción y únicamente se permite una exoneración del pago de las sanciones eventuales a través del ofrecimiento de compromisos que en todo caso no están definidos en la decisión²¹ y que podrían ser muy gravosos para los agentes.

c) Sanciones: Las normas colombianas en materia de libre competencia establecen que por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluyendo la violación al deber de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones de la SIC, la obstrucción de las investigaciones, y el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de

²¹ El único caso en que se han ofrecido y estudiado compromisos por la SGCAN es el de Grupo Kimberly y Grupo Familia. Mediante comunicación de fecha 14 de diciembre de 2016, Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. ofrecieron compromiso voluntario de conformidad con el artículo 27 de la Decisión 608 y mediante la Resolución No. 1939 de fecha 31 de julio de 2017, se resolvió - Desestimar la solicitud de compromiso voluntario presentado por las empresas Productos Familia S.A y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A, en consecuencia y continuar el trámite de investigación correspondiente. (SGCAN. Resolución 2006. 2018).

integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, se pueden imponer por parte de la SIC por cada violación y a cada infractor, multas a su favor hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor la utilidad del infractor por la conducta anticompetitiva, hasta por el 150% de esta última. Para efectos de graduar la multa, se tienen en cuenta los criterios de: impacto que la conducta tenga sobre el mercado, dimensión del mercado afectado, beneficio obtenido por el infractor con la conducta, grado de participación del implicado, conducta procesal de los investigados, cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción y el Patrimonio del infractor (Ley 1340, 2009, art. 25.).

Así mismo, define la ley que son circunstancias que agravan la graduación de la sanción: la persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. Por su parte es circunstancia de atenuación la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.

De la misma manera, la normativa interna permite imponer multas a personas naturales que colaboren faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio con una condición especial y es que los pagos de las multas que la Superintendencia imponga, no pueden ser cubiertas, ni aseguradas o en general garantizadas, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella. Lo anterior quiere decir, en

otras palabras, que los recursos para el pago de la multa establecida por la Superintendencia deben ser del patrimonio personal del investigado y sancionado persona natural.

En la normativa comunitaria andina, es decir en la Decisión 608 de 2005, el artículo 34 determinó que, si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias. Las medidas correctivas pueden consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas al infractor. Para la graduación de las medidas sancionatorias se considera: la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas algo muy similar a lo que se tiene en Colombia.

La Decisión 608 indica igualmente que, en la Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago y podrá ser hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo (SGCAN, Decisión 608, 2005, art. 34). (Subrayas añadidas).

Esa disposición, implica una situación muy difícil para los programas de delación o beneficios por colaboración en tanto no toma en cuenta el año del cartel sino el año inmediatamente anterior y no toma en cuenta las utilidades percibidas por el cartel sino los ingresos totales brutos que pueden provenir de productos sobre los cuales no se efectuó ningún acto anticompetitivo.

d.) Prescripción:

En materia de prescripción, la normativa interna establece que la facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caduca transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

Por su parte, la normativa internacional que está en el artículo 43 de la Decisión 608 establece que las infracciones a la libre competencia previstas prescriben en el plazo de tres (3) años de haberse realizado la conducta y que, en el caso de conductas continuadas, los tres años se cuentan a partir del día siguiente a aquél en que cesó la conducta (SGCAN, Decisión 608, 2005, art. 43).

V. DIFERENCIAS SUSTANCIALES Y NECESIDAD DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DISPOSICIONES INTERNAS Y COMUNITARIAS ANDINAS

Planteado como está el problema, es necesario indicar que un agente económico, perteneciente a un país que esté dentro de los estados miembros de la Comunidad Andina, tiene que conocer y obedecer tanto la normativa nacional como comunitaria andina y entender que la violación a normas de libre competencia que lleven a investigaciones o incluso se realicen en el marco de un proceso de delación pueden implicar, sin duda, interrogantes sobre cuál es la norma aplicable en un caso concreto de prácticas anticompetitivas, por razón del origen de las conductas y los posibles efectos reales en otros países.

Lo anterior se explica en tanto las disposiciones de la decisión 608 de la SGCAN son muy abiertas, especialmente el vocablo “efectos reales” (pero no únicamente por ello, también por la noción de origen de las prácticas²²) al que se refiere en el ámbito de

²² Al respecto, digo la SGCAN en resolución 2006 de 2018. “(...) no es el lugar físico en el que se realizaron las reuniones el que determina el origen de la conducta (...) Lo que determina realmente el origen de la conducta, es que las empresas sean filiales de empresas legalmente establecidas en el territorio de la República de Colombia y recibieron la orden de las matrices, lo cual está probado con la participación accionaria, la estructura de mando de las empresas (...) (SGCAN. Resolución 2006. 2018).

aplicación y en tanto no existe un mecanismo de cooperación internacional entre las autoridades de competencia nacionales y el órgano comunitario andino que garantice que solo uno de ellos avoque conocimiento de una investigación.

La SGCAN afirmó en resolución 2006 de 2018:

(...) esta Secretaría General no se explica cómo sería posible que el presente procedimiento afecte los Programas de Clemencia de los Países Miembros, ya que es propio de la naturaleza de dichos programas, que el solicitante del beneficio se acerque a la autoridad de competencia para indicarle con buena fe, sinceridad, arrepentimiento y transparencia los detalles de tiempo, modo y lugar de las conductas anticompetitivas efectuadas; siendo ello así, si efectivamente la autoridad nacional a quien se eleva la solicitud es competente bajo el marco normativo de distribución de competencias que se indica en esta Resolución, no tendría por qué temer el solicitante que los elementos probatorios que en dicho contexto suministre, sean utilizados por la autoridad nacional para iniciar un proceso comunitario, por cuanto debe entenderse que la conducta anticompetitiva realmente cometida y que es delatada se circunscribe solo al ámbito nacional de un país sin ningún efecto en otro País Miembro de la Comunidad Andina (SGCAN, Resolución 2006, 2018).

Esa postura conlleva dos problemáticas muy importantes. La primera es que no toma en cuenta la textura abierta de las normas establecidas en la decisión 608 de 2005, especialmente del concepto de efectos reales, así como no toma en cuenta que a la conclusión sobre la existencia o no de efectos reales se llega luego de una investigación exhaustiva y análisis económicos rigurosos que plantean esfuerzos altos por parte de los agentes involucrados en conductas anticompetitivas lo cual puede generar un incentivo adverso para la delación de conductas, aun en el marco de las normas nacionales. En segundo lugar, olvida la SGCAN que el hecho de no existir la figura de delación en la decisión 608 claramente puede perjudicar los esquemas nacionales si la misma avoca conocimiento de las investigaciones aun

cuando se han establecido correctivos y sanciones en contra de otros participantes del acuerdo colusorio.

Existe entonces el riesgo de que un agente que esté incurriendo en conductas anticompetitivas con posibles efectos en el marco regional, se desincentive a valerse de la figura de delación para llevar su caso ante las autoridades competentes nacionales, ya que, aunque puede acceder al Plan de Beneficios por Colaboración en el marco local, esta modalidad no existe en el marco comunitario y puede ser sancionado por un monto mayor por parte de la CAN. Trayendo esto como consecuencia que sin la información de alguno de los integrantes del cartel, a las autoridades se les dificulte dismantelar este tipo de conductas ilegales y anticompetitivas que se llevan a cabo en la clandestinidad.

Así pues, es vital para la lucha contra los carteles que los Estados miembros de la CAN emprendan un trabajo común de socialización y reconocimiento internacional de los problemas que se pueden generar por la existencia de dos regímenes que tengan algunos elementos sustanciales y procesales distintos aun cuando tengan unos principios y una finalidad común, máxime cuando no es tan sencillo delimitar el ámbito de aplicación material y espacial de ambos regímenes. Eso debe llevar a armonizar una misma regulación en materia de protección para la competencia para todos los miembros de la Comunidad Andina, al menos en los puntos esenciales como los incentivos de cesación y delación de las conductas, de tal manera que el hecho que avoque conocimiento una u otra instancia no se violen las expectativas legítimas de los agentes del mercado, incluyéndose en la norma comunitaria la figura de beneficios por colaboración o programas de clemencia, de tal manera que no se afecten los incentivos internos para la delación de las prácticas anticompetitivas y se permita así una lucha eficaz contra los carteles.

Lo anterior es urgente en tanto la SGCAN ha asumido una postura excluyente de los regímenes internos al señalar:

la independencia que ostenta una organización internacional respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales de sus Países Miembros, máxime cuando ésta rige sus conductas por un ordenamiento jurídico independiente y supranacional, supone que las actuaciones realizadas por la autoridad nacional, no afectan las acciones que lleve adelante la organización internacional.(...) Así, en el supuesto negado de que se tratara de las mismas conductas, el argumento de los investigados sobre la pérdida de la competencia de la SGCAN no es procedente, en tanto la competencia de este organismo internacional se basa en una norma de carácter supranacional, que tal y como lo ha indicado en variadas veces el TJCAN, goza de prevalencia sobre las normas nacionales, incluyendo aquellas que asignan capacidad de investigación y juzgamiento en materia de competencia (SGCAN, Resolución 1908, 2018).

Igualmente, la necesidad de armonizar el régimen, ha sido incluso reconocida tácitamente por la SGCAN al indicar:

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar finalmente que esta Secretaría General reconoce las virtudes y beneficios de los programas de clemencia al interior de los Países Miembros que tienen por objetivo disuadir de las prácticas de conductas anticompetitivas y que facilitan las investigaciones sobre las mismas, por lo que no es de interés de este Órgano Comunitario perjudicar tales programas, siendo que el presente caso, se limita, dentro de las competencias conferidas a la SGCAN por la Decisión 608, a determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva practicada en un País Miembro con efecto en otro País Miembro. Dicho ello, queda igual a consideración de los órganos legislativos comunitarios, compuestos por las autoridades nacionales de los Países Miembros, adelantar, si lo consideran necesario, las reformas pertinentes para incorporar en el ordenamiento andino la figura de la delación, y en ese

contexto, posibilitar su aplicación dentro de los procedimientos de corte comunitario (SGCAN, Resolución 2006, 2018).

Adicionalmente, es de vital importancia que autoridades como el TJCAN, donde seguramente se agotarán los recursos en contra de la decisión adoptada por la SGCAN respecto de Kimberly y Familia, analice los objetivos de la decisión 608 así como las finalidades del acuerdo de integración de Cartagena, y con base en ello se determine, por ejemplo, si es posible aplicar el inciso final del artículo 5 que establece que las demás situaciones no previstas en esos dos supuestos se rigen por las legislaciones nacionales de los respectivos Pases Miembros, incluyendo dentro de los supuestos no previstos por la decisión, los relacionados con investigaciones fruto de delaciones en el marco de programas de beneficios por colaboración de las autoridades nacionales que tengan a su vez efectos en otros países de la comunidad andina.

CONCLUSIONES

- Los países con economías de mercado, encuentran en la competencia el valor fundamental para dinamizar el mercado en tanto tiene ventajas para los consumidores como una mejor variedad de productos, mejora de la calidad, mayor cobertura, innovación tecnológica, reducción de precios, maximización del ingreso, y para las empresas como el libre acceso al mercado, la protección frente a comportamientos exclusorios, protección frente a comportamientos abusivos por poder de mercado, estimula mejores prácticas, premia la excelencia, genera eficiencias en el mercado y permite el desarrollo de otros sectores.
- Fue solo a partir de la década de los noventa con el liberalismo económico que, en América del Sur, Centroamérica y el Caribe se dio un verdadero desarrollo de normas que protegen la libre competencia en sus mercados y la verdadera aplicación de estas por las autoridades de la competencia, lo cual es una respuesta de la regulación para garantizar los beneficios del valor de la competencia.

- El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras se mantuvieran las restricciones a la competencia en el mercado interno.
- El Estado Constitucional colombiano fue dispuesto especialmente para una economía de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancias, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas).
- El modelo colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. Por esas razones, se tiene una economía de mercado que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, pero se limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa con las normas de la libre competencia económica.
- El derecho de la competencia, como área específica del derecho, nació y se consolidó en Estados Unidos, con la denominada Ley Sherman de 1890. En Colombia, luego de todo un desarrollo normativo que inicio con la ley 155 de 1959, especialmente durante los últimos años, ha venido librándose una particular batalla contra los denominados carteles empresariales. Por esa razón, ha sido una constante que los ciudadanos colombianos inicien la semana con noticias de escándalos sobre actos de colusión que afectan el mercado.
- Por la dificultad práctica de gran parte de la dinámica y actividad de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas y los denominados carteles, a la figura jurídica denominada delación. Esta figura, la cual fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la ley 1340 de 2009 permite que un agente que ha participado en una práctica anticompetitiva, admita la comisión

de la misma y otorgue detalles de tiempo, modo y lugar sobre la ejecución de tal ilícito, especialmente de sus demás participantes, para así lograr beneficios para sí, los cuales pueden ir incluso hasta una exoneración total de las sanciones establecidas para tales casos.

- Entre otras, los programas de delación tienen las siguientes ventajas: reducción de costos al detectar los cárteles, disminución del tiempo necesario para que las autoridades adelanten un proceso y consigan la información necesaria y utilización incentivos económicos que promueven a las empresas a delatar a sus cómplices y detener las prácticas anticompetitivas, lo cual se traduce en beneficios para toda la sociedad.
- La libre competencia es fundamento para la celebración y aplicación exitosa de tratados de libre comercio y de integración económica, pues implica que las garantías para la protección y realización de los derechos de los competidores, que ya no solo lo son en el ámbito territorial nacional, sino que también se incluye a los oferentes de bienes y servicios de los otros Estados miembros del mismo tratado, en el territorio de todos los estados miembros.
- En ese marco y durante el proceso de modernización de normas sobre libre competencia se han desarrollado paralelamente procesos de integración regional donde se ha reconocido como uno de los aspectos importantes el de la libre competencia económica, dentro de los cuales tiene relevancia el acuerdo de la Comunidad Andina y en este la decisión 608 de la SGCAN.
- Si bien tienen principios y finalidad comunes las normas nacionales y normas comunitarias andinas, difieren en aspectos sustanciales y procesales de los cuales se resalta la consagración de programas de beneficios por colaboración. En ese sentido, los ámbitos nacional y comunitario andino deben estar coordinados especialmente por las características de supranacionalidad, intangibilidad, carácter vinculante, preeminencia, aplicabilidad directa, efectos inmediatos, autonomía y complemento indispensable de las normas comunitarias. Esto, con el fin de brindar seguridad jurídica y no poner en riesgo la eficacia de la lucha anticompetitiva.

- La investigación que adelantó la CAN respecto de las empresas papeleras Kimberly y Familia y que resultó en la sanción para cada una de ellas por más de 15 millones de dólares resulta perjudicial para los objetivos del Programa de Beneficios que pretende adelantar la SIC (y que tiene en Ecuador similar tratamiento ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado SCPM), pues estos sólo funcionarán en la medida que sus incentivos sean transparentes y creíbles, pues a falta de estos elementos, difícilmente las empresas decidirán confesar su conducta ilícita sabiendo que pueden iniciarse en otras jurisdicciones procesos que pueden ser incluso más cuantiosos y con otras reglas procesales sobre lo cual adicionalmente es muy difícil establecer si es competencia de uno u otro régimen por la textura abierta de las normas comunitarias
- Para un correcto funcionamiento del programa de delación, que genere incentivos adecuados a los agentes para cesar sus conductas, es necesaria la armonización de las normas y órganos supranacionales con los nacionales ante prácticas anticompetitivas que pueden tener efectos transnacionales.
- La armonización debe tener en cuenta que las agencias de competencia de cada país puedan, jurídicamente, luchar contra conductas contrarias a la libre competencia, pero siempre limitadas en su accionar por el alcance territorial de su jurisdicción y por ello, cuando se evidencien situaciones que impliquen además un mercado ampliado como el de la Comunidad Andina será necesario contar con un sistema supranacional que se encargue de tal tarea sin que con ello se afecten los incentivos nacionales por delación, por ejemplo a través de la inclusión de normas que permitan los procesos de delación en el marco comunitario andino o que reconozcan la delación en los procesos internos con un tratamiento benévolo cuando se encuentren igualmente efectos transnacionales. Lo anterior implica entender que la función de la SGCAN respecto de los actos contrarios a la libre competencia debe circunscribirse a las situaciones donde las entidades de competencia local requieran de un organismo supranacional para evaluar efectos en otros países.
- Es de vital importancia, hasta tanto se realice una armonización de las normas comunitarias con las normas nacionales, que autoridades comunitarias como el

TJCAN interpreten que los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de competencia de cada uno de los Países Miembros, sino que sobretodo, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades competentes nacionales en razón al ámbito geográfico de la práctica o sus efectos como lo indica la Guía práctica para la aplicación de la decisión 608 “normas para la protección y promoción de la libre competencia en la comunidad andina 2007” .

- La apertura de investigaciones comunitarias con información obtenida en el marco de un proceso de delación genera incertidumbre respecto de la autoridad competente para investigar y sancionar, situación que afecta tanto a las autoridades de competencia como a los investigados y genera una carga probatoria mayor para las autoridades nacionales de competencia quienes tendrían que probar que el lugar en el cual se convino el acuerdo, se ejecutó y tuvo sus efectos fue el mismo País Miembro.
- Los problemas quedan planteados y se espera que las autoridades se tomen el tiempo de revisar el estado actual del derecho en la materia para garantizar el principal aliado de los modelos de economías de mercado que es la libre competencia y la valiosa herramienta para la detección de acuerdos colusorios que son los programas de delación o de beneficios por colaboración.

VI. FUENTES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Agudelo H, Exposición de motivos. Congreso de Colombia. (24 de diciembre de 1959). [Ley 155, 1959]
- Congreso Visible, (s.f.). Por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. [Régimen de protección de la competencia]. Recuperado el 13 de mayo de 2018, de <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-introducen-modificaciones-al-regimen-de-proteccion-de-la-competencia-a-las-funciones->

de-la-superintendencia-de-industria-y-comercio-y-se-dictan-otras-disposiciones-regimen-de-proteccion-de-la-competencia/8082/#tab=2

- Diloranzo, T., (Agosto, 2003). The Case Against All Antitrust Legislation. Cátedra presentada en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute.
- El Tiempo, (2016). Carvajal, con multa millonaria por ser parte de cartel del cuaderno. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/sanciones-por-cartel-de-los-cuadernos-46728>
- El Tiempo, (2017). SIC pide aumento de penas para empresas que incurran en cartelización. Recuperado el 30 de marzo de 2018, de <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/superintendencia-de-industria-y-comercio-pide-aumentar-penas-para-cartelizacion-61901>
- Estevez, J. (2002). El mercado libre competencia y la calidad de los productos agroalimentarios. Recuperado el 4 de septiembre de 2017 de <http://www.insacan.org/racvao/anales/2002/articulos/15-2002-06.pdf>
- Jaramillo-de los Ríos, L y Villa-Orrego, H., (2015). La integridad del mercado como mecanismo de protección de los derechos colectivos. *Revista Jurídicas*, 12 (2), 9-25.
- Kovacic, W. y Shapiro, C., (1999), *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Recuperado el 4 de septiembre de 2017, de <http://www.haas.berkeley.edu/groups/cpc/pubs/Publications.html>
- Krakowski, M., (2001). *Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica*. (1ra Ed). Managua: Proyecto MIFIC-GTZ.
- Krugman, P. y Wells, R., (2006). *Introducción a la economía. Microeconomía*. España: Editorial Reverté
- Miranda, A (2016). X Foro Centroamericano de Competencia. Una Mirada Desde el Sector Privado a los Programas de Clemencia ACODECO. 18 de agosto de 2016
- Miranda, A. (2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia La Ley 155 de 1959 y su legado. *Revista de Derecho Competencia*, 6, (6), 65-148.
- Miranda, A., (2014). *Ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia
- Miranda, A. y Gutierrez, J., (2017). Historia del derecho de la competencia. *En: Iuris Tantum - Revista Boliviana de Derecho*, 3, 215-267.
- Motta, M. (2003). Chapter 4. Collusion and Horizontal Agreements. In *Competition Policy: Theory and Practice*.. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

- Ortiz-Baquero, I., y Solano-Osorio, D., (2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes, *En: Universitas*, 132, 311-348.
- Palacios, A., y Gutierrez, J., (2015). Una nueva visión sobre los orígenes del derecho de la competencia colombiano. *En: Rev. Derecho Competencia*. 11, 11 137-176.
- Pejovés, J., (2003). La modernización del Derecho de la competencia en la CAN. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=717&accion=detalle&cat=A P&title=la-modernizacion-del-derecho-de-la-competencia-en-la-can>
- Pérez, J., Jimeno, J. L. y Cerdá, E., 2013. Teoría de Juegos. Madrid: Ibergarceta Publicaciones, S.L.
- Plazas, M., (2001). *Derecho tributario Comunitario, la armonización tributaria en el Sistema Andino de integración*, (1 Ed). Bogotá: Legis Editores S.A.,
- Revista Dinero, (2017). ¿Jaque a la guerra de los carteles? Recuperado el 30 de marzo de 2018, de <http://www.dinero.com/edicion-impres/negocios/articulo/comunidad-andina-investiga-el-cartel-del-papel-higienico/241052>
- Revista Dinero, (2017). Se abre nuevo capítulo del cartel del papel higiénico a nivel internacional. Recuperado el 30 de marzo de 2018, de <http://www.dinero.com/edicion-impres/negocios/articulo/sanciones-para-el-cartel-del-papel-higienico-por-sgcan/256765>
- Rubio, J., (2004). Derecho de la competencia en Colombia y su interacción con los tratados internacionales de libre comercio. Recuperado el 23 de marzo de 2018, de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Derecho_competencia.pdf
- Santodomingo, H. y Sánchez, J. (2017). Los programas de beneficios por colaboración como herramienta para combatir la cartelización en los mercados. Tesis de pregrado. Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Samuelson, P., y Nordhaus, W., (2002). *Economía*. (17 Ed). España: S.A. McGraw-Hill
- SIC, (s.f.) Gobierno Nacional radica Proyecto de Ley para fortalecer la protección de la Libre Competencia Económica y otras funciones de la Superindustria Recuperado el 23 de marzo de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/gobierno-nacional-radica-proyecto-de-ley-para-fortalecer-la-proteccion-de-la-libre-competencia-economica-y-otras-funciones-de-la-superindustria>
- SIC, (s.f.) Por cartelización empresarial en el mercado del cemento, Superindustria sanciona a ARGOS, CEMEX y HOLCIM. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion->

empresarial-en-el-mercado-del-cemento-superindustria-sanciona-a-argos-cemex-y-holcim

- SIC, (s.f.) Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papel-higienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>
- SIC, (s.f.) Por violar la libre competencia en licitaciones públicas, Superindustria sanciona a 7 empresas de seguridad y vigilancia privada. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-violar-la-libre-competencia-en-licitaciones-publicas-superindustria-sanciona-a-7-empresas-de-seguridad-y-vigilancia-privada>
- SIC, (s.f.) Por violar la libre competencia, Superindustria multa a la ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA y a 4 altos directivos. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-violar-la-libre-competencia-superindustria-multa-a-la-ORGANIZACION-ROA-FLORHUILA-y-a%204-altos-directivos>
- SIC, (s.f.) Superindustria confirma sanciones a 3 empresas y 16 altos directivos por cartelización empresarial en pañales desechables para bebé. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/sic-confirma-sanciones-a-3-empresas-y-16-altos-directivos-por-cartelizacion-empresarial-en-paniales>
- SIC, (s.f.) Superindustria ratifica sanciones a empresas y directivos del sector azucarero por cartelización empresarial. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-ratifica-sanciones-a-empresas-y-directivos-del-sector-azucarero-por-cartelizacion-empresarial>
- Tangarife, M., (2005). Derecho de la integración en la Comunidad Andina. Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos.
- UNCTAD, (2004). Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia. Recuperado el 4 de septiembre de 2017, de <http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Manual.pdf>
- Uprimmy, C. y Rodriguez, A., (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Recuperado el 23 de marzo de 2018, de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_775.pdf
- Uribe, F., (1990). El derecho de la integración en el grupo Andino. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
- Witker, J., (2000), *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. (1ra Ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica.

- Zullita, G y Pérez, R., (1983). El derecho frente a los monopolios. *En: Estudios de Derecho Económico IV*, 1ª. Reim., 65 – 121.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA

- Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969.
- Comisión de la Comunidad Andina. (28 de marzo de 2005) Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. [Decisión 608]
- Congreso de Colombia. (21 de julio de 2009) Artículo 6. [Ley 1340 de 2009]
- Congreso de Colombia. (24 de diciembre de 1959). [Ley 155, 1959]
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2009). Artículo 1 [Ley 1340 de 2009]
- Congreso de Colombia. (28 de enero de 1936) Artículo 10 [ley 16 de 1936]
- Congreso de Colombia. (4 de agosto de 2015) Artículo 4 [Proyecto de ley 38 de 2015]
- Congreso de Estados Unidos. (21 de julio de 1890). [Ley Sherman Antitrust]
- Consejo de Estado, 27 de enero de 2000, Sentencia 4360. [Manuel Santiago Urueta Ayola]
- Consejo Nacional Legislativo. (21 de febrero de 1888) Artículo 6. [Ley 27 de 1888]
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 333. 2da Ed. Legis
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 88. 2da Ed. Legis
- Corte Constitucional, 15 de mayo de 1997, Sentencia C-231. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, 18 de abril de 2012, Sentencia C-288. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, 25 de enero de 2017, Sentencia C-032. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Presidencia de la República. (1 de junio de 1964) Política de Competencia. [Decreto 1302 de 1 de junio de 1964].
- Presidencia de la República. (16 de julio de 2015) [Decreto 1523 de 2015]
- Presidencia de la República. (31 de diciembre de 1992) [Decreto 2153 de 1992]
- Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. (6 de agosto de 1997) [Decisión 409]
- Secretaría General de Comunidad Andina de Naciones. (21 de mayo de 2018) [Resolución 2006]
- Secretaría General de Comunidad Andina de Naciones. (15 de julio de 2005) [Decisión 608]

- Secretaría General de Comunidad Andina de Naciones. (21 de mayo de 2018) [Resolución 1908]
- Superintendencia de Industria y Comercio. (20 de enero de 2014) [Resolución 1147]
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2011) [Concepto 11523]
- Superintendencia de Industria y Comercio. (1999) [Concepto 980139911]
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (17 de marzo de 1995) [Proceso No. 10-IP-94].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (27 de marzo de 1995) [Proceso No. 5-IP-95].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (28 de septiembre de 2001) [Proceso No.89-AI-2000].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (7 de mayo de 2004) [Proceso No.148-IP-2003].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (16 de agosto de 2013) [Proceso 05-AN-2015].
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (24 de setiembre de 1998) [Proceso No. 02-AP-97].